

Université de Montréal

Le travail précaire, les femmes et le droit

par

Ariane Jamin

Faculté de droit

Mémoire présenté à la Faculté des Études supérieures
en vue de l'obtention du grade de
Maître en droit (L.L.M.)

Août 2017

© Ariane Jamin, 2017

RÉSUMÉ

Depuis quelques années, des mutations profondes traversent le monde du travail et affectent les conditions des travailleurs qui sont de plus en plus précaires. Ce mémoire s'intéresse plus particulièrement au fait que cette montée du travail précaire désavantage surtout les femmes, celles-ci étant surreprésentées au sein de ces emplois précaires. Ainsi, la question posée par ce mémoire est la suivante : le travail précaire constitue-t-il un phénomène de discrimination systémique au sens de la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*?

La réponse à cette question s'articule en trois démonstrations. En premier lieu, le droit du travail, sous sa forme actuelle, participe à la précarisation de certains emplois de par son inadaptation. En deuxième lieu, le travail précaire est un phénomène de genre. En effet, une étude approfondie de la répartition des emplois révèle une surreprésentation des femmes au sein des formes et des statuts d'emplois les plus susceptibles d'être précaires. Finalement, cette manifestation de la précarisation du travail, qui découle de formes de travail atypiques et à laquelle le droit contribue, est un phénomène discriminatoire à l'encontre des femmes et l'État, qui a l'obligation de veiller à ce que ses lois traitent tous les membres de la société avec égalité, doit légiférer à cette fin.

Mots-clés : travail précaire; travail atypique; rôle du droit; femmes; droit à l'égalité; discrimination systémique; obligation positive.

ABSTRACT

Over the past few years, the labour market has been profoundly changed and the worker's conditions have been increasingly precarious. This thesis focuses more specifically on the fact that this rise in precarious work has an adverse effect mainly on women because they are overrepresented inside precarious employment. Therefore, this thesis puts forward the following question: does precarious work reveal systemic discrimination by virtue of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

The answer to this question is built around three demonstrations. Firstly, labour and employment law, in its present form, participates to the increase in precarious employment due to its inadequacy. Secondly, precarious employment is a gendered phenomenon. Indeed, a breakdown of employment reveals a relationship between women and forms atypical employment most likely to be precarious. Lastly, as the law is imputable in part for the increase in precarious employment, the one resulting from atypical work, it constitutes systemic discrimination against women and the State, which is responsible for ensuring that the laws treat every society member equally, is obliged to legislate to that end.

Keywords : precarious work; nonstandard work; women; right to equality; systemic discrimination; positive obligation.

REMERCIEMENTS

Je tiens à remercier tout particulièrement Monsieur Gilles Trudeau, mon directeur pour ce mémoire. Merci d'avoir cru en moi et de m'avoir si brillamment éclairée tout au long de ce travail. C'est grâce à sa direction patiente et rigoureuse que ce mémoire a pu être mené à terme.

Je tiens également à remercier ma mère qui m'a si bien épaulée et qui a été l'étincelle au démarrage de ce projet ambitieux et Jean-Philippe, mon second lecteur. Finalement, un merci à ma grande amie et colocataire Aude, qui termine son mémoire au même moment et avec qui le partage des journées de rédaction a été une source agréable de motivation.

TABLE DES MATIÈRES

RÉSUMÉ	iii
ABSTRACT	iv
REMERCIEMENTS	v
TABLE DES MATIÈRES	vi
LISTE DES ABRÉVIATIONS	viii
INTRODUCTION.....	1
1. La montée du travail précaire : un phénomène ancré dans le contexte économique et social	7
1.1. Origine et définition du phénomène	7
1.1.1. Du fordisme à la nouvelle économie	7
1.1.1.1. Du fordisme	8
1.1.1.2. Aux mutations contemporaines	12
1.1.2. La précarisation de l'emploi	18
1.1.2.1. La précarisation de l'emploi, un phénomène issu de l'impact des mutations contemporaines sur l'organisation du travail	18
1.1.2.2. Définition du travail précaire	26
1.2. Travail précaire : le rôle du droit dans la précarisation	32
1.2.1. La position économique et sociale des travailleurs précaires : disparités face à la loi	32
1.2.2. Un droit inadapté aux nouvelles formes d'emploi : disparités « dans » l'application de la loi	35
1.2.2.1. Travail autonome	37
1.2.2.2. Exclusions en lien avec les dimensions de précarité	43
2. Le travail précaire et les femmes : un phénomène de genre	71
2.1. L'impact de la précarisation du travail sur les femmes : démonstration de la surreprésentation à l'intérieur du travail précaire à partir des données sur l'emploi atypique	72
2.1.1. Surreprésentation des femmes à l'intérieur du travail atypique salarié	73

2.1.1.1.	Surreprésentation des femmes à l'intérieur de l'emploi à temps partiel	73
2.1.1.2.	Surreprésentation des femmes à l'intérieur de l'emploi temporaire	79
2.1.2.	La représentation des femmes à l'intérieur du travail autonome : les femmes occupant les emplois les plus précaires	85
2.2.	Tentative d'explication : féminisation de l'emploi	92
2.2.1.	Structure du marché de l'emploi	93
2.2.2.	Continuité des inégalités	99
3.	Le travail précaire : un phénomène discriminatoire	106
3.1.	Discrimination systémique à l'encontre des femmes	106
3.1.1.	Démonstration de la discrimination systémique	106
3.1.1.1.	Cadre d'analyse de l'article 15	107
3.1.1.2.	Application des critères au phénomène de l'emploi précaire	116
3.1.2.	Imputabilité de l'État	124
3.1.2.1.	Comment lier le phénomène du travail précaire à une action de l'État?	124
3.1.2.2.	L'inaction gouvernementale est-elle suffisante pour fonder la responsabilité de l'État en matière de discrimination?	127
3.2.	La question de l'obligation positive	134
3.2.1.	Obligation positive dans le contexte de l'ensemble des autres droits et libertés reconnus par la <i>Charte</i>	134
3.2.2.	Obligation positive dans le contexte de l'article 15	142
	CONCLUSION	150
	TABLE DE LA LÉGISLATION	158
	TABLE DES JUGEMENTS	159
	BIBLIOGRAPHIE	161
	LISTE DES TABLEAUX	171
	LISTE DES FIGURES	171

LISTE DES ABRÉVIATIONS

CNESST : Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail

L.A.E. : Loi sur l'assurance-emploi

L.E.S. : Loi sur l'équité salariale

L.N.T. : Loi sur les normes du travail

L.R.C.R. : Loi sur les régimes complémentaires de retraite

RI/RTF : Responsable de ressources intermédiaires et de type familial

RSG : Responsable d'un service de garde

T.A.T. : Tribunal administratif du travail

INTRODUCTION

Depuis quelques années, le phénomène du travail précaire retient de plus en plus l'attention de personnes qui s'inquiètent de la détérioration des conditions de vie et de travail d'un nombre grandissant de travailleurs. Cette préoccupation découle du fait que l'emploi précaire entraîne des conséquences importantes non seulement sur la vie professionnelle des personnes qui les occupent, mais aussi sur leur vie personnelle, ayant pour effet d'accentuer leur vulnérabilité sociale et économique. Il s'agit toutefois d'une notion floue et les tentatives, par bon nombre d'auteurs, de la définir démontrent qu'elle est également complexe et multidimensionnelle. Cette notion s'articule en effet autour d'une série d'indicateurs qui permettent de positionner la précarité d'une situation d'emploi sur un continuum.

Bien que de tout temps, il y a eu de bons et de mauvais emplois sur le marché du travail, l'emploi précaire doit être distingué du « mauvais emploi ». En effet, ce concept renvoie à l'existence d'une vulnérabilité, sociale et économique, jumelée à un manque de protections légales et syndicales et à une faible participation du travailleur à l'aménagement de ses conditions de travail¹. C'est donc l'insuffisance des protections qui, dans un contexte économique et social donné, produit l'emploi précaire. Ainsi qualifié, l'emploi précaire ne doit pas être entendu comme une forme inéluctable d'emploi, mais comme un produit de la défaillance du système. Ce mémoire s'intéressera, plus particulièrement, au rôle de la législation du travail dans la précarisation des emplois. Ce rôle souligne l'importance, pour cette législation, d'appréhender adéquatement la réalité du travail avec comme objectif premier celui d'assurer la protection des travailleurs.

Cet objectif est aussi lié à la question de l'égalité en emploi, puisque l'absence ou l'insuffisance de protection affecte certains travailleurs plus durement que d'autres. Ainsi, bien que la précarité en emploi soit un phénomène qui s'inscrit dans le contexte d'une détérioration générale des conditions d'emplois, elle n'affecte qu'une partie des emplois. Le terme ne désigne en effet que les emplois dont les conditions de travail sont si mauvaises qu'elles entraînent la précarité, c'est-à-dire qu'elles provoquent l'instabilité et l'insécurité. Ces caractéristiques font

¹ Stéphanie BERNSTEIN, Marie-Josée DUPUIS et Guylaine VALLEE, « Au-delà de l'égalité formelle: confronter l'écart entre les sexes sur un marché du travail en mutation, l'exemple canadien », dans *Genre et droit social*, 2^e éd., Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2008, p. 357.

qu'il s'agit d'un enjeu qui touche à l'égalité entre les membres de la société et qui doit donc être considéré sous l'angle des droits de la personne.

Afin de bien décrire ce qu'est le travail précaire, il faut d'abord situer ce phénomène dans son contexte, qui en est un de transformations profondes du monde du travail. En effet, sous l'effet de la globalisation économique, la recherche d'une flexibilité toujours plus grande fait décliner la sécurité du lien d'emploi malgré qu'il s'agisse toujours d'une question fondamentale. Le rapport de recension documentaire de la Commission des droits de la personne décrit ce changement de paradigme de l'organisation du travail comme suit :

L'environnement de travail qui autrefois préconisait et valorisait la sécurité, la loyauté et la continuité vise désormais une plus grande employabilité et adaptabilité de la part des travailleurs. Les milieux de travail autrefois structurés, prévisibles et stables sont devenus changeants et flexibles. Les valeurs de tradition, d'équité et de justice sociale sont évacuées au profit des lois du marché, la valeur ajoutée ainsi que la capacité de vendre ses connaissances et habilités (Isaksson et al., 2000).²

Cette recherche de flexibilité par les employeurs s'est ainsi traduite en multiplication des formes d'emplois dans la nouvelle économie. L'emploi à temps plein et permanent est désormais perçu comme porteur de trop de contraintes, et les statuts d'emplois atypiques se déclinent par conséquent en un nombre grandissant de formes. Il y a notamment le travail à temps partiel, à durée déterminée, temporaire, occasionnel, sur appel, obtenu par l'intermédiaire d'une agence ou le travail autonome. La part qu'occupent ces emplois non traditionnels au sein de l'emploi total au Québec a ainsi augmenté d'année en année, tel que l'a démontré le rapport Bernier³. Alors que la proportion d'emplois atypiques oscillait en 2016 autour de 36,6%⁴, elle n'était que de 16,7% en 1976 et de 29,3% en 1995.

Malgré cette métamorphose, notre droit du travail demeure fondé sur un modèle d'organisation du travail traditionnel. Ce dernier est en effet le reflet de l'économie fordiste qui s'est implantée dès le début du 20^{ième} siècle, caractérisée par une forte demande en main-d'œuvre peu qualifiée dans le contexte de l'industrialisation de la société. Dans le contexte économique

² Sabrina RUTA et Lucie-France DAGENAIS, *Travail en transition, santé mentale et conditions de travail*, Rapport de recension documentaire phase I et proposition de recherche phase II, 2003, p. 21.

³ Jean BERNIER, Guylaine VALLÉE et Carol JOBIN, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle: rapport final*, Québec, Travail Québec, 2003.

⁴ STATISTIQUE CANADA (SC), *Enquête sur la population active, 2016*, adapté par l'Institut de la statistique du Québec (ISQ), en ligne :

<http://www.bdsso.gouv.qc.ca/disco_layout_1/viewer?cn=cf_a150&wb=KEN_MA121021H0101_01&ws=Tableau&qp_p_element=7398&qp_p_niv_aff_temps=1&qp_p_id_temps=1936&qp_p_niv_aff_tertr=2&qp_p_id_tertr=6610&qp_p_session=458015>.

actuel, le droit est alors de moins en moins adapté et a de plus en plus de difficulté à s'appliquer à l'ensemble des relations d'emplois qui émergent. Cela a pour conséquence que l'occupation de ces nouvelles formes d'emplois signifie souvent l'expulsion hors du champ de protection du droit du travail. Au surplus, ce changement survient à un moment de l'histoire où l'État semble se désengager de plus en plus de son rôle traditionnel de protection.

Dans ce contexte de la montée du travail précaire, un fait préoccupe : ces emplois sont occupés davantage par les femmes, les autochtones, les minorités visibles ainsi que par les personnes ayant un handicap. Ce projet de recherche s'intéresse tout particulièrement au lien entre le genre et le travail précaire, un lien qui s'explique difficilement et qui engendre diverses hypothèses.

À l'origine, l'arrivée des femmes sur le marché du travail a suscité le besoin de concilier le travail et la famille, un besoin qui a mené à la diversification des formes d'emplois⁵. En effet, les femmes qui, après la guerre, fournissaient un revenu d'appoint continuaient néanmoins d'endosser l'essentiel des responsabilités familiales. Les entreprises ont toutefois réalisé que ces nouvelles formes d'emplois leur offraient une flexibilité avantageuse et en ont donc généralisé l'usage. Comme exposé plus loin, cette généralisation a cependant entraîné un impact négatif sur les conditions de travail et celui-ci a été davantage ressenti par les femmes qui sont surreprésentées dans ces formes d'emploi, et ce, dans l'ensemble des secteurs. Le travail précaire a donc pour effet d'exacerber des inégalités déjà présentes sur le marché du travail, notamment en ce qui a trait aux écarts salariaux et à la ségrégation professionnelle entre les hommes et les femmes. En effet, bien que la situation se soit améliorée depuis la publication du rapport Abella⁶ sur l'égalité en matière d'emploi, plusieurs inégalités demeurent et empêchent certains groupes de bénéficier d'une réelle égalité des chances.

Cette constatation de l'impact disproportionné du travail précaire sur les groupes vulnérables de la société canadienne soulève la question suivante : le travail précaire, qui découle des formes de travail atypiques, constitue-t-il un phénomène de discrimination systémique tel que prohibé par la *Charte canadienne des droits et libertés de la personne*⁷ (ci-après « *Charte* » ou « *Charte canadienne* »)? Le concept de discrimination systémique a en effet été introduit par la

⁵ Stéphanie BERNSTEIN, « Balancing Work and Family in the Low-Wage Service Sector: The Role of Legislated and Collectively Bargained Norms in Quebec », (2011) 40-Supplement 1 *Work* 119-128.

⁶ Rosalie S. ABELLA, *Commission sur l'égalité en matière d'emploi: Rapport d'une Commission royale d'enquête*, Approvisionnement et Services Canada, 1984.

⁷ *Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c. 11.

jurisprudence afin que l'ensemble des situations qui portent atteinte à l'égalité soient visées. Ce concept s'ajoute ainsi à ceux déjà connus de la discrimination directe, une forme intentionnelle, et de la discrimination indirecte, qui désigne la discrimination non intentionnelle qui résulte de l'application de règles en apparence neutres. Plutôt que de voir en la discrimination une seule victime et un seul coupable, l'explication systémique reconnaît que ce sont les systèmes et les pratiques que la société a adoptés, parfois à son insu, qui préjudicient certains groupes plus que d'autres⁸.

Afin de répondre à la question de ce mémoire, notre démarche s'articulera en cinq étapes. Premièrement, il faudra examiner le contexte économique et social dans lequel s'insère le travail précaire. La montée du travail précaire survient en effet dans un contexte de transformations importantes, soit dans le contexte du passage d'une économie fordiste à une nouvelle économie. Cette mise en contexte permettra ensuite de définir ce concept.

Deuxièmement, cette description permettra de déceler le rôle du droit dans la précarisation de certains emplois, un rôle qui s'explique principalement par l'inadaptation de certaines lois du travail à la prolifération des emplois qui s'écartent de la norme de l'emploi à temps plein et permanent, soit les emplois atypiques. En effet, cette inadaptation résulte de l'impact disproportionné des différences, explicites ou non, que la législation du travail établit entre les statuts et les formes d'emploi.

Il sera démontré, en troisième lieu, que l'emploi précaire affecte plus particulièrement les groupes plus vulnérables de la société, dont les femmes. Il sera avancé que le travail précaire, en plus d'être le signe d'une détérioration des conditions d'emploi, est un phénomène qui peut être lié au genre. Or, la précarité du travail étant difficilement mesurable objectivement, cet impact disproportionné sera expliqué par la surreprésentation des femmes à l'intérieur de l'emploi atypique.

Quatrièmement, sachant que le droit joue un rôle dans la précarisation des emplois atypiques et que les femmes y sont surreprésentées, peut-on en conclure que le droit participe à un phénomène de discrimination systémique qui porte atteinte au droit à l'égalité protégé par la *Charte*? La question n'est alors pas de « savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c'est-à-dire découlant du système lui-même » puisque si certaines pratiques ou certaines règles « occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes,

⁸ R. S. ABELLA, préc., note 6, p. 10.

c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires »⁹. Or, dans le cadre de notre sujet d'étude, c'est plus précisément l'omission d'adapter les lois du travail dans le contexte de la montée du travail atypique qui produit cet effet néfaste sur les femmes. À cet égard, une analyse de la jurisprudence indique que l'absence d'intervention législative peut porter atteinte au droit à l'égalité tel que garanti par la *Charte*.

Finalement, s'il y a atteinte au droit à l'égalité, l'État a-t-il une obligation positive de redresser la situation et d'éliminer les conséquences néfastes de ses lois sur certains groupes? Plus précisément, la *Charte* peut-elle contraindre l'État à légiférer? Jusqu'à ce jour, la Cour suprême du Canada n'a pas répondu clairement à cette question. Certains indices dégagés de la jurisprudence semblent toutefois indiquer qu'elle pourrait bientôt le faire. L'interprétation retenue par la Cour suprême de la notion d'égalité réelle semble, en effet, indiquer qu'une obligation positive pourrait y être rattachée. Cette conception reconnaît « [qu']un traitement identique peut fréquemment engendrer de graves inégalités »¹⁰ et que, conséquemment, l'État ne doit pas simplement s'abstenir d'empêcher l'égalité de survenir. Au surplus, une obligation positive a déjà été reconnue dans le contexte d'autres droits garantis par la *Charte* comme, par exemple, une obligation de faire en sorte que les lois du travail soient dûment inclusives afin de permettre l'exercice réel de la liberté d'association¹¹. Dans le contexte de la montée du travail précaire, une telle obligation impliquerait de s'assurer que les hommes et les femmes accèdent au marché du travail en bénéficiant de conditions, de bénéfices et de protections équivalents.

Afin de discuter l'hypothèse de recherche selon laquelle le travail précaire révèle une discrimination systémique à l'encontre des femmes, il faudra tout d'abord procéder à une analyse documentaire afin d'identifier et de comprendre ce qu'est le travail précaire et ce qu'il implique pour les travailleurs. Les documents étudiés sont donc ceux qui permettront de distinguer et de définir les concepts de travail atypique et travail précaire, de révéler la surreprésentation des femmes et finalement, ceux qui traitent du phénomène de discrimination systémique. Cette analyse permettra de dresser le portrait, le plus exact et le plus actuel possible, du travail précaire au Québec et sur la place qu'y occupent les femmes.

⁹ *Id.*, p. 2-3.

¹⁰ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 170.

¹¹ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016.

En deuxième lieu, cette recherche documentaire sera complétée par une revue du droit positif¹² qui touche ou s'applique à ce phénomène social que représente le travail précaire. Ainsi, une analyse du contenu actuel des lois du travail en lien avec les facteurs de la précarité en emploi permettra de constater leur effet sur la précarisation du travail précédemment décrite. Cette revue du droit positif servira également à répondre à la question de savoir si cette contribution du droit enfreint le droit à l'égalité mis en place par la *Charte*, c'est-à-dire si l'action législative s'avère conforme aux exigences constitutionnelles.

¹² La méthode de droit positif renvoie à une théorie descriptive du droit, soit une représentation du droit tel qu'il est, par opposition à une représentation du droit tel qu'il devrait être. Luc B. TREMBLAY, « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », (2002) 33 *R.D.U.S.*, p. 72.

1. La montée du travail précaire : un phénomène ancré dans le contexte économique et social

Il importe tout d'abord de décrire le contexte dans lequel s'insère le marché contemporain de l'emploi, celui du passage d'une économie fordiste à celui de la nouvelle économie. Ce passage ne se fait pas sans heurts, et la précarisation de l'emploi en est l'une de ses principales manifestations négatives. Or, ce phénomène n'est pas le simple fait de changements économiques, ce que nous démontrerons en abordant le rôle du droit dans cette précarisation de l'emploi.

1.1. Origine et définition du phénomène

La précarisation du travail s'inscrit dans le cadre des transformations récentes qui affectent le marché de l'emploi, autant au Québec que dans le reste du monde. Elle provient notamment de ce que de plus en plus de travailleurs sont exclus ou ne bénéficient plus de la protection des lois du travail. Cette mise en contexte permet d'identifier les origines de ce phénomène, la réalité du travail s'étant dissociée du contexte dans lequel le droit du travail a pris forme. Ainsi, ces transformations ont un impact sur la qualité et la nature des emplois occupés par une part grandissante de la population, un phénomène désigné comme la précarisation du travail.

1.1.1. Du fordisme à la nouvelle économie

Premièrement, nous décrirons le contexte de la société fordiste puisque c'est à ce contexte que correspond le droit du travail tel que nous le connaissons aujourd'hui. Deuxièmement, nous décrirons le contexte socio-économique qui a mené à la précarisation de certains emplois, ce contexte en étant un de mutations profondes, autant au plan économique que politique. Nous tenterons par la suite de comprendre ce que ce contexte, qui exerce une influence directe sur l'organisation du travail, signifie pour le droit du travail.

1.1.1.1. Du fordisme

Depuis la première révolution industrielle au XVIII^e, une succession de nouvelles technologies a bouleversé les milieux de travail ainsi que les rapports économiques et sociaux. Ces bouleversements ont tour à tour menacé l'équilibre, recherché par le droit, entre des intérêts divergents¹. La première révolution industrielle, marquée par la mécanisation et l'invention du moteur à vapeur, a révolutionné le transport et a ainsi été liée à la montée du capitalisme et au développement du travail salarié. La deuxième a, quant à elle, vu l'expansion des grandes entreprises en raison des gains de productivité énormes permis par le pétrole, l'électricité, la production de masse et aussi, par la division du travail. C'est lors de cette seconde révolution industrielle, et sur cette « toile de fond de l'organisation du travail »², que naîtra le droit du travail tel que nous le connaissons aujourd'hui.

Ainsi, le droit du travail actuel est fortement imprégné du contexte social, politique et économique qui l'a vu naître, celui de la société fordiste. Ce contexte particulier réfère à une période qui fait suite à l'avènement de la société industrielle et lors de laquelle la production des biens s'est industrialisée suite à la concentration des moyens de production (matériels et humains) et par la voie de l'organisation scientifique du travail³. Cette première phase industrielle s'est donc fondée sur la production de masse, ce qui a nécessité une quantité importante de travailleurs possédant un faible niveau de qualification⁴. Le travail acquiert alors un sens particulier, le travail agricole étant remplacé par le travail-salarié, ce qui donne naissance à une nouvelle classe sociale, soit celle du salariat⁵.

Le donneur d'ouvrage cherche, quant à lui, à s'affranchir de la personne du salarié. Cette recherche passe entre autres par l'organisation scientifique du travail, soit la décomposition et la parcellisation des phases successives du travail en de multiples tâches afin d'atteindre la plus grande efficacité possible⁶. En effet, en cette période d'industrialisation, il est commun de considérer les individus et les collectifs de travailleurs comme des ressources matérielles parmi

¹ Fernand MORIN, Jean-Yves BRIÈRE, Dominic ROUX et Jean-Pierre VILLAGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 163-165.

² *Id.*, p. 1708.

³ *Id.*, p. 13.

⁴ COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et Harry W. ARTHURS, *Équité au travail: des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle*, Ottawa, Examen des normes du travail fédérales, 2006, p. 25.

⁵ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, p. 13-14.

⁶ *Id.*, p. 13.

d'autres, c'est-à-dire un objet auquel la rationalisation industrielle pourra s'appliquer⁷. Or, ce mode de pensée mène à l'isolement du salarié face à l'employeur. Cet isolement, jumelé au déséquilibre du rapport de force entre ces deux acteurs, conduit à plusieurs abus puisque les principes de la liberté contractuelle continuent de régir le contrat de travail. Entre autres, la durée du travail atteint son maximum, les femmes et les enfants représentent une main-d'œuvre d'appoint et les salaires sont à leur plus bas⁸.

C'est entre autres afin de pallier ces abus et pour protéger les victimes de la production industrielle accélérée que l'État s'est vu contraint d'intervenir au courant du XXe siècle. Il y est contraint également par les circonstances dramatiques des deux guerres mondiales puisqu'il lui faut maintenir, au nom de la défense nationale, la production massive, rapide et continue⁹. En effet, l'État intervient progressivement afin de mitiger les principes du libéralisme politique et de l'économie de marché, et afin de régir la relation d'emploi, qui se distingue par la situation d'inégalité structurelle et économique dans laquelle elle s'insère¹⁰. Ainsi, ces interventions législatives auront en commun l'objectif de s'écarter du droit commun, prenant « à revers les grands principes sur lesquels repose le droit des contrats : principe d'égalité des parties et principe de liberté contractuelle »¹¹, dans le but d'appréhender le plus justement possible l'inégalité de pouvoir dans la relation d'emploi. Il s'agit en fin de compte « de « civiliser » les relations sociales, c'est-à-dire de substituer des rapports de droit aux rapports de force »¹² et d'affirmer la valeur de la personne du salarié et sa préséance sur certains droits patrimoniaux de l'employeur¹³.

Ainsi, la prise en compte de l'être humain derrière la prestation de travail commandait l'adoption de règles particulières afin de limiter les abus les plus flagrants¹⁴. Vers la fin du XIXe siècle au Québec, des conditions sont édictées par l'État dans le but, d'abord, d'assurer un minimum de garanties aux salariés, « tant pour leur subsistance matérielle que pour leur survie personnelle dans l'entreprise »¹⁵. Les premières lois traitaient donc principalement de la sécurité

⁷ Alain SUPLOT, *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*, Paris, Editions du Seuil, 2010.

⁸ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, p. 106.

⁹ *Id.*, p. 107.

¹⁰ *Id.*, p. 1711; Voir aussi: *Wallace c. United Grain Growers Ltd.*, [1997] 3 R.C.S. 701.

¹¹ Alain SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, Quaridge / PUF, 2007, p. 124.

¹² *Id.*, p. 151.

¹³ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, p. 1711.

¹⁴ Pierre VERGE et Guylaine VALLEE, *Un droit du travail? essai sur la spécificité du droit du travail*, coll. Le droit aussi, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997.

¹⁵ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, p. 111.

physique des personnes, du travail des femmes et des enfants (âge minimal et heures maximales de travail) et, en matière d'accidents de travail, ont établi la responsabilité de l'employeur sans égard à la faute¹⁶. Malgré une opposition virulente, les campagnes afin d'édicter des normes en matière de temps de travail ont réussi là où celles-ci étaient requises pour protéger les femmes et les enfants, respectant par le fait même, la vision traditionnelle de la famille¹⁷. Le droit empruntait alors la « voie de la réglementation publique » afin de « soumettre les contrats de travail à un ordre public de protection, dont la caractéristique essentielle [était] de compenser la subordination par l'attribution de droits attachés à la seule qualité de salarié »¹⁸.

Par la suite, au courant du XXe siècle, l'État interviendra graduellement afin de rendre licite l'action syndicale, par la levée des obstacles du droit criminel et la reconnaissance de l'acteur syndical, puis afin de favoriser la négociation collective, particulièrement après la Seconde Guerre mondiale¹⁹. La promotion de la voie collective devint en effet nécessaire afin de briser l'isolement des travailleurs et de leur permettre de véritablement négocier leurs conditions de travail avec l'employeur. Cette construction de l'autonomie sur le plan collectif découle de l'impossibilité de la réaliser sur le plan individuel, la subordination étant le propre de la relation d'emploi²⁰. Lors de la Seconde Guerre mondiale, suivant l'exemple américain (le *Wagner Act* de 1935), le Canada adopta le décret C.P. 1003 en 1944, qui s'appliqua aux secteurs liés à l'effort de guerre et qui établit les bases de l'organisation des relations industrielles au pays, celui-ci ayant été essentiellement repris après la guerre par la loi fédérale et par les lois provinciales²¹.

Débuta alors une période de forte croissance économique, dite des « Trente Glorieuses », période lors de laquelle les bénéfices acquis par la classe ouvrière pendant la guerre furent conservés et améliorés en raison, notamment, d'un « mode novateur de développement économique et de régulation de nos sociétés, soit la régulation fordiste »²². Vers la seconde

¹⁶ *Id.*, p. 110.

¹⁷ Joanne CONAGHAN, « Time to Dream? Flexibility, Families, and the Regulation of Working Time », dans *Precarious Work, Women and the New Economy. The Challenge to Legal Norms*, coll. Onati International Series in Law and Society, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 101.

¹⁸ A. SUPOT, préc., note 11, p. 137.

¹⁹ J.M. WEILER, « Le rôle du droit dans les relations du travail », dans *Le droit du travail et le droit urbain au Canada*, coll. Les Études/Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 1-21.

²⁰ A. SUPOT, préc., note 11, p. 110.

²¹ J. M. WEILER, préc., note 19.

²² Daniel MERCURE, « Nouvelles dynamiques d'entreprise et transformation des formes d'emploi: du fordisme à l'impartition flexible », dans *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 5-20, p. 6.

moitié du XXe siècle, « la maîtrise de nouvelles techniques permit des développements importants dans tous les secteurs industriels [...] entre autres domaines, des voies et moyens d'extraction des matières premières [...], de l'exploitation de ces produits et de la mécanisation de certaines étapes de la production de biens [...], allant progressivement de l'informatisation jusqu'à la robotisation »²³. Cette expansion économique était basée sur une production de masse, ce qui nécessitait une main-d'œuvre abondante, permanente et peu qualifiée. L'extension du salariat et la hausse du taux global de syndicalisation permirent alors aux syndicats de négocier des avantages avec les employeurs, ce qui se traduisit en création de postes et en gains importants en matière de rémunération. Ceci permit aux travailleurs de s'accaparer une part de la valeur ajoutée au moyen de la négociation collective²⁴.

Cette hausse des salaires a conséquemment mené à une augmentation du pouvoir d'achat, ce qui a soutenu la consommation de masse, mais a aussi mené à l'essor de la classe moyenne et, avec elle, de l'État providence. Celui-ci aménage ainsi la redistribution de la richesse produite par la croissance économique, par la voie de programmes de sécurité sociale et de soutien au revenu. On assiste en parallèle à une expansion phénoménale du secteur des services publics et privés²⁵. En effet, l'État institue une socialisation des principaux risques de la vie en société moderne par la mise en place de « plusieurs régimes assurant la prise en charge collective de divers risques sociaux » ou « besoins communs dont souffrent ou que peuvent subir tous les citoyens au cours de leur vie personnelle ou professionnelle », liés à l'enfance, à la vieillesse, à la santé ou à l'éducation, risques d'accidents de travail, de maladie professionnelle ou de chômage²⁶. De ce fait, l'État et l'employeur se partagent la prise en charge des risques liés au travail, ce qui participe à la création de liens de solidarité, sociale et économique entre les différents acteurs²⁷. En premier lieu, l'attribution de nouveaux droits aux citoyens par l'État (droits aux soins de santé, à l'éducation, etc.) conduit à la naissance des services publics²⁸. Par ailleurs, les liens d'emploi étant pour la plupart relativement stables, de nombreuses perceptions de contributions peuvent être faites à la source, c'est-à-dire par le truchement de l'employeur : impôt sur le

²³ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, p. 107.

²⁴ Paul-André LAPOINTE, « La qualité de l'emploi au Québec: portrait, évolution et causes », dans *La qualité du travail et de l'emploi au Québec: données empiriques et cadres conceptuels*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2013, p. 57-130, p. 104.

²⁵ D. MERCURE, préc., note 22, p. 7.

²⁶ A. SUPLOT, préc., note 11, p. 79; F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, p. 107 et 116.

²⁷ A. SUPLOT, préc., note 11, p. xviii; D. MERCURE, préc., note 22, p. 119.

²⁸ A. SUPLOT, préc., note 11, p. xviii.

revenu, contribution à la formation professionnelle, régime public de retraite, pension alimentaire, etc²⁹. En second lieu, après la sécurité « dans » le travail s'établit la sécurité « par » le travail³⁰. En effet, le travail doit non seulement assurer un salaire « décent » ou « suffisant » (établissement des minima de salaires), mais également assurer une continuité de revenus là où se réalisent certains aléas associés au travail (le chômage, la maladie, les accidents, la vieillesse)³¹. S'établit alors, progressivement, un statut rattaché à la personne du salarié, c'est-à-dire un « ensemble de sécurités attachées à la condition de travailleur dépendant »³². C'est effectivement sur la base de ce statut que s'est établi l'accès aux principaux régimes de droit du travail et de sécurité sociale au Québec, ce qui est encore le cas aujourd'hui.

1.1.1.2. Aux mutations contemporaines

Au courant de la première moitié du XXe siècle, à l'ère de l'industrialisation massive, la société connut d'importants changements qui obligèrent l'État à réagir et à adapter le droit aux nouvelles conditions. L'État est, aujourd'hui aussi, confronté à des changements de cette envergure. Depuis les années 80, d'importantes mutations sur les plans économiques et politiques se répercutent jusque dans les entreprises et, inéluctablement, bouleversent l'organisation du travail et la relation d'emploi.

Cette section aborde quelques unes de ces grandes mutations ayant pour effet de métamorphoser en profondeur la société en se concentrant surtout sur celles qui, en marquant le passage d'une économie fordiste vers une économie « globalisée », ont un impact sur l'emploi³³. Ces mutations seront exposées du « macro » vers le « micro », c'est-à-dire que nous débutons par les changements plus larges de l'économie et de la politique pour décrire par la suite les changements plus précis qui peuvent être ressentis par les acteurs sociaux. Cette section traitera ainsi premièrement, des bouleversements économiques, principalement de la globalisation et de financiarisation de l'économie. Elle abordera par la suite les bouleversements politiques, sur le

²⁹ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, p. 1713.

³⁰ A. SUPLOT, préc., note 11, p. 78.

³¹ *Id.*

³² *Id.*, p. xviii.

³³ Leah F. VOSKO, Martha MACDONALD et Iain CAMPBELL, *Gender and the Contours of Precarious Employment*, London and New York, Routledge, 2009, p. 1.

terrain national et international et, enfin les bouleversements technologiques et la nouvelle économie qui en émerge.

Bouleversements économiques

La globalisation économique signifie tout d'abord un mouvement vers l'internationalisation et la multiplication des échanges dans un contexte de libéralisation importante du commerce. En effet, depuis les années quatre-vingt-dix, une tendance de fond se dégage : le commerce mondial croît rapidement, et ce, malgré une chute brutale aux lendemains de la crise financière de 2007-2008. Dès 2010, la croissance reprenait, en effet, à un rythme très rapide³⁴.

Cette multiplication des échanges et des investissements entre pays, sous l'effet d'une libre circulation du capital et d'une possibilité accrue de l'investissement étranger, conduit ainsi à la mise en place d'un marché mondial unifié. Le commerce mondial représente, désormais, une partie importante de l'économie et il en résulte une interdépendance croissante entre les pays du globe qui cherchent alors à attirer les investissements étrangers sur leur sol et à convaincre les multinationales de s'y s'implanter, et ce, à l'aide de divers incitatifs³⁵.

La mondialisation évoque également « cette grande souplesse et flexibilité d'entreprendre ici ou ailleurs, au gré de la conjoncture économique et politique »³⁶. Les entreprises peuvent profiter de la « mobilité des capitaux et des marchandises, jointe aux ressources [...] des technologies de l'information [en choisissant] de s'installer sur les territoires qui font peser sur elles le moins de contraintes tout en profitant des ressources de ceux qui leur offrent les meilleures infrastructures matérielles et intellectuelles »³⁷. Cette grande liberté d'entreprendre, ici ou ailleurs, signifie que le nombre de facteurs qui peuvent être considérés dans la décision de s'établir, de délocaliser ou de fermer une entreprise peut être important³⁸. Si l'entreprise peut s'établir où elle veut, des facteurs tels que le coût de la main-d'œuvre³⁹, la présence d'une main-d'œuvre déjà formée, les politiques de chaque pays, allant des charges sociales aux normes en

³⁴ Jean-Yves HUWART et Loïc VERDIER, *La mondialisation économique Origines et conséquences*, [Paris], OCDE, 2012, p. 58, en ligne : <<http://site.ebrary.com/id/10672315>> (consulté le 8 janvier 2016).

³⁵ *Id.*, p. 63.

³⁶ A. SUPLOT, préc., note 7.

³⁷ A. SUPLOT, préc., note 11, p. XXXV.

³⁸ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1.

³⁹ A. SUPLOT, préc., note 7.

matière de protection environnementale ou de sécurité au travail, peuvent agir à titre d'incitatifs ou de dissuasifs dans la prise de décision⁴⁰.

Par ailleurs, cette restructuration de l'économie à l'échelle mondiale profite davantage aux entreprises transnationales, qui l'ont orchestrée en grande partie⁴¹. Ces entreprises, contrairement aux États, peuvent faire abstraction des frontières et agir simultanément dans différents endroits du globe tout en maintenant leur contrôle sur l'ensemble du réseau. Ces transnationales contrôlent ainsi les investissements internationaux et accroissent leur domination économique, ce qui se traduit directement en influence politique⁴².

Parallèlement, le secteur financier prend de plus en plus de place au sein de l'économie et ses acteurs, tels que les fonds spéculatifs, les fonds d'actions et les agences de notation bénéficient d'un pouvoir accru⁴³. Cette montée en puissance découle du fait que les entreprises se financent désormais par le biais des marchés financiers plutôt que par l'intermédiaire des banques commerciales. Ce changement a pour effet de modifier la dynamique de croissance, le mode de rentabilisation des investissements et d'augmenter le pouvoir des actionnaires⁴⁴.

Ce changement s'est opéré de la façon suivante. Par le passé, dans un capitalisme industriel traditionnel, la rentabilité du capital se traduisait en dividendes, que l'entreprise pouvait choisir de déclarer afin d'être éventuellement réinvestis dans celle-ci. Cette dynamique de croissance des entreprises privilégiait l'exploitation maximale des outils de production et devait assurer la pérennité de l'entreprise par les réinvestissements⁴⁵. Par contraste, aujourd'hui, dans un capitalisme financier, le critère de « rentabilité » dépend davantage d'une valorisation comptable de l'entreprise, et ce, en vue d'une éventuelle vente ou d'une éventuelle fusion⁴⁶. Ce critère de la valorisation comptable à court terme gouverne ainsi les décisions de rationalisation, d'informatisation et de mises à pied prises à l'intérieur de l'entreprise, ce qui a pour effet d'éloigner la prise de décision de la réalité vécue au sein des établissements qui en subiront les

⁴⁰ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1.

⁴¹ Judy FUDGE et Rosemary J. OWENS, *Precarious Work, Women and the New Economy: the Challenge to Legal Norms*, coll. Onati International Series in Law and Society, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 5.

⁴² J. FUDGE et R. J. OWENS, préc., note 41.

⁴³ COMMISSION MONDIALE SUR LA DIMENSION SOCIALE DE LA MONDIALISATION (dir.), *Une mondialisation juste: créer des opportunités pour tous*, Genève, Bureau internationale du Travail, 2004, p. 38.

⁴⁴ Julia POSCA, « Qu'est-ce que la financiarisation de l'économie? », *Institut de recherche et d'informations socio-économiques* (février 2013), en ligne : <<http://iris-recherche.qc.ca/blogue/quest-ce-que-la-financiarisation-de-leconomie>> (consulté le 19 septembre 2016); Charley HANNOUN, « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », *Rev. Droit Trav.* 2008.5.288.

⁴⁵ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1.

⁴⁶ *Id.*

conséquences⁴⁷. Cette nouvelle dynamique de croissance affecte alors la manière dont sont redistribués les profits, puisque ceux-ci échappent aux travailleurs et sont redirigés vers les investisseurs, générant ainsi des inégalités croissantes⁴⁸.

Bouleversements politiques

L'ouverture et la libéralisation des marchés, en conduisant à l'émancipation relative des entreprises transnationales vis-à-vis des pouvoirs de l'État, conduisent également à la mise en concurrence économique des États⁴⁹. Plusieurs s'inquiètent de l'effet de cette émancipation sur les politiques publiques et du risque que cette mise en concurrence économique ne se transforme en « mise en concurrence des législations »⁵⁰. Cette pression sur les États qui, déjà misent bien souvent sur une régulation par le marché⁵¹, en amène plusieurs sur la voie de la déréglementation, notamment du marché de l'emploi et du travail dans l'espoir d'attirer les investissements étrangers⁵². Cette tendance générale s'observe en effet, depuis les années quatre-vingt, et mène à l'abaissement des protections en matière d'emploi parmi les pays industrialisés, membres de l'OCDE⁵³. Cette tendance suscite ainsi la crainte que les États se mettent à agir tels des marchands de droit, au risque de les entraîner dans une « course vers le bas », c'est-à-dire vers un démantèlement des acquis du droit du travail⁵⁴. Voici comment le professeur Brian Langille a formulé cette crainte :

Our old idea was that labour was being treated as a commodity by capitalists and that labour law was required to address this very problem. [...] The problem now is that mobile capital is able to treat that very labour law as a commodity. This is because states are 'forced' to bid down their labour standards in competition with other states seeking to attract or retain mobile investment [...]⁵⁵

⁴⁷ Marie-Laure MORIN, « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », (2005) 144-1 *Rev. Int. Trav.* 5-30, 10.

⁴⁸ David WEIL, *Fissured Workplace, Why Work Became so Bad for so Many and What Can Be Done to Improve It*, Place of publication not identified, Harvard Univ Press, 2017, p. 20.

⁴⁹ A. SUPLOT, préc., note 11, p. xxxv.

⁵⁰ François GAUDU, « Libéralisation des marchés et droit du travail », *Droit Soc.* 2006, en ligne : <<http://islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/FranceFrench.pdf>>.

⁵¹ D. MERCURE, préc., note 22, p. 9.

⁵² J. FUDGE et R. J. OWENS, préc., note 41, p. 5.

⁵³ *Id.*, p. 6.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ Brian LANGILLE, « Labour Law's Back Pages », dans *Boundaries and frontiers of labour law: goals and means in the regulation of work*, Oxford, Hart, 2006, p. 30.

Au-delà des frontières de l'État, l'environnement politique international est marqué par le rejet du protectionnisme et l'ouverture des frontières au commerce. L'émergence d'un marché sans frontières a pris la voie de négociations commerciales multilatérales qui ont abouti à la baisse drastique des tarifs douaniers sur les biens en circulation dans le monde⁵⁶. Vers 1995, la création de l'Organisation mondiale du commerce consacre cette ouverture en élargissant la liste des sujets pouvant être traités dans le cadre des négociations commerciales bilatérales et multilatérales en vue de l'harmonisation des politiques⁵⁷. Sont désormais dans la mire des États, les barrières indirectes au commerce, c'est-à-dire les obstacles qui surviennent « une fois la barrière franchie ». À ce titre, les États considèrent comme essentielle l'harmonisation des politiques nationales sur une variété de questions tels que les droits de propriété intellectuelle, les politiques de concurrence, les droits des investisseurs ou les standards de qualité⁵⁸. Pour le professeur Alain Supiot, la question essentielle à laquelle devra répondre le droit du travail dans ce contexte est celle de l'équilibre entre la sphère sociale et la sphère économique, soit entre des principes sociaux fondamentaux et le droit à la concurrence⁵⁹.

Bouleversements technologiques

Ces bouleversements parallèles, sur les plans économiques et politiques, sont accompagnés par des avancées importantes sur le plan technologique, notamment par l'avènement des nouvelles technologies de l'information et des communications. Les nouvelles technologies entraînent entre autres l'ouverture d'un nouveau domaine de développement économique, celui de la « nouvelle économie ». Cette notion, à la définition encore imprécise, réfère, dans son interprétation la plus large à l'ensemble des changements induits par l'utilisation des nouvelles technologies sur l'économie⁶⁰. Le terme est ainsi synonyme d'économie du savoir,

⁵⁶ J.-Y. HUWART et L. VERDIER, préc., note 34, p. 41.

⁵⁷ COMMISSION MONDIALE SUR LA DIMENSION SOCIALE DE LA MONDIALISATION (dir.), préc., note 43, p. 36.

⁵⁸ *Id.*

⁵⁹ A. SUPIOT, préc., note 11, p. XXXI et XXXII.

⁶⁰ Ignazio VISCO, « La nouvelle économie: mythe ou réalité? », *L'observateur OCDE*, en ligne : http://www.observateurocde.org/news/archivestory.php/aid/187/La_nouvelle_E9conomie:_mythe_ou_r_E9alit_E9_.html (consulté le 21 septembre 2016); COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, préc., note 4.

c'est-à-dire une économie de plus en plus axée sur les idées et la connaissance plutôt que sur les ressources matérielles⁶¹.

Cette nouvelle économie octroie une large place à l'innovation et à la technologie ainsi qu'à la maîtrise et au traitement de l'information. Ces derniers attributs deviennent par conséquent la clé de la domination économique et la source la plus importante de valeur ajoutée⁶². Les pays industrialisés s'engagent alors dans une course pour l'accès au savoir et aux technologies où les travailleurs les plus qualifiés sont aussi les plus recherchés⁶³. Certains auteurs parlent de polarisation des emplois puisque ces travailleurs qualifiés bénéficient de la croissance économique et ont accès aux meilleurs emplois et aux meilleurs salaires et ce, au détriment des travailleurs non spécialisés, qui ont de moins en moins de débouchés et dont les salaires subissent une pression à la baisse⁶⁴.

Les pays industrialisés réussissent ainsi à conserver leur domination économique, mais non sans désindustrialiser leur économie, soit par le transfert des emplois du secteur manufacturier vers les nouveaux secteurs, ceux des services et des hautes technologies notamment⁶⁵. Au Canada, la tertiarisation de l'économie est effectivement chose faite : la grande majorité des emplois se retrouve dans le secteur des services (78% en décembre 2015)⁶⁶ ce qui relève d'un véritable revirement de situation puisqu'aux lendemains de la Seconde Guerre mondiale, le secteur de la production de biens employait la majorité de la population active au Canada⁶⁷.

En somme, de profondes mutations agitent aujourd'hui la société, de la globalisation à la financiarisation de l'économie, tous deux propulsés par l'avènement des nouvelles technologies, celles-ci apportant également leur lot de changements. Cet environnement, marqué par une concurrence accrue, amène l'État à modifier ses politiques internationales et domestiques afin

⁶¹ COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, préc., note 4, p. 22; « Économie du savoir », *Thesaurus du BIT*, en ligne : <www.ilo.org/thesaurus/defaultfr.asp> (consulté le 21 septembre 2016).

⁶² Jeanne DANCETTE, *Dictionnaire analytique de la mondialisation et du travail*, en ligne : <<http://damt-dico.rhcloud.com/terme?id=1603>> (consulté le 12 janvier 2016).

⁶³ COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, préc., note 4, p. 25; P.-A. LAPOINTE, préc., note 24, p. 88.

⁶⁴ COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, préc., note 4, p. 25; D. WEIL, préc., note 48.

⁶⁵ J. FUDGE et R. J. OWENS, préc., note 41, p. 7.

⁶⁶ *Enquête sur la population active, décembre 2015*, Statistique Canada, 2016, p. 8, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/daily-quotidien/160108/dq160108a-fra.pdf>> (consulté le 28 janvier 2016).

⁶⁷ Sabrina RUTA et Lucie-France DAGENAIS, *Travail en transition, santé mentale et conditions de travail*, Rapport de recension documentaire phase I et proposition de recherche phase II, 2003, p. 17.

d'attirer les investisseurs et de ne pas nuire au commerce. Tous ces changements auront des répercussions sur les stratégies adoptées par les entreprises et, nécessairement aussi, sur les travailleurs eux-mêmes, un sujet abordé dans la section suivante.

1.1.2. La précarisation de l'emploi

Dans ce contexte du passage d'une société fordiste à une société globalisée, le « modèle pyramidal de la grande entreprise industrielle, intégrée, hiérarchisée » et plus ou moins homogène a été remplacé par le modèle du réseau, une « structure polycentrique [...] aux frontières mouvantes, dont chaque élément est à la fois autonome et tenu de recourir aux intérêts de l'ensemble »⁶⁸. Le professeur David Weil utilise quant à lui l'analogie du roc fissuré pour décrire les nouveaux environnements de travail qui résultent du déplacement des emplois des grandes entreprises vers un réseau complexe formé de petites entreprises, fortement en concurrence les unes avec les autres⁶⁹.

Par ailleurs, ce nouveau modèle d'organisation des entreprises s'accompagne de nouvelles stratégies qui visent notamment à adapter aux besoins les formes d'emploi, le volume de la main-d'œuvre et les règles de travail⁷⁰. Ces nouvelles stratégies ont, inévitablement, un impact sur les relations de travail, et on peut craindre qu'elles entraînent une certaine précarisation de l'emploi. Les sous-sections qui suivent abordent, en premier lieu, ces nouvelles stratégies et, en deuxième lieu, le concept du travail précaire.

1.1.2.1. La précarisation de l'emploi, un phénomène issu de l'impact des mutations contemporaines sur l'organisation du travail

Les effets de l'ouverture des marchés à la concurrence internationale sur les entreprises sont ambivalents : d'un côté, elle a permis l'émancipation relative des entreprises vis-à-vis des pouvoirs de l'État, et de l'autre, elle a aussi augmenté leur vulnérabilité⁷¹. Les entreprises ont ainsi cherché à se prémunir contre les nouveaux risques associés à une concurrence accrue et se sont interrogées « sur le bien-fondé de leurs stratégies de croissance et de valorisation du capital

⁶⁸ A. SUPLOT, préc., note 11, p. xxxiii et xxxiv.

⁶⁹ D. WEIL, préc., note 48, p. 7.

⁷⁰ D. MERCURE, préc., note 22, p. 8 et 9.

⁷¹ A. SUPLOT, préc., note 11, p. xxxv.

investi, ainsi que sur leurs politiques de gestion de la production, du travail et des rapports de travail »⁷². Plusieurs entreprises ont alors dénoncé l'inadéquation entre d'une part, les rigidités de leur appareil de production, dues au nombre élevé de réglementations gouvernementales et au manque de souplesse des conventions collectives, et d'autre part, un marché caractérisé par de nombreuses fluctuations⁷³.

Le nouveau cadre économique, politique et technologique a ainsi, simultanément, augmenté la force économique et politique de certaines grandes entreprises et engendré un environnement hautement concurrentiel dans lequel opèrent de petites et moyennes entreprises principalement. Cette double réalité a inévitablement eu un impact sur les stratégies adoptées par les grandes, les petites et les moyennes entreprises. Les premières, les grandes entreprises, qui sont au sommet de leurs industries et qui bénéficient d'une renommée nationale et internationale, transfèrent de plus en plus d'emplois vers les deuxièmes et troisièmes, les petites et moyennes entreprises. Or, ces dernières sont plus vulnérables, car elles opèrent dans des marchés où la compétition est plus féroce que celle qui se retrouve dans les marchés où opèrent les grandes entreprises⁷⁴.

Les impératifs sont essentiellement les mêmes pour toutes les entreprises, il s'agit d'augmenter les revenus et de réduire les coûts. Or, les stratégies adoptées seront bien différentes dépendamment des conditions économiques et commerciales dans lesquelles ces entreprises se retrouvent. Les paragraphes qui suivent abordent, premièrement, l'externalisation de la main-d'œuvre, principalement utilisée par les plus grandes entreprises, et deuxièmement, les stratégies visant à acquérir davantage de flexibilité, utilisée principalement par les plus petites entreprises, mais également par les grandes entreprises.

Extériorisation de la main-d'œuvre

Si aujourd'hui, la majorité des emplois se retrouvent dans des entreprises de petites et moyennes taille, c'est que ces emplois leur ont été transférés par de grandes entreprises⁷⁵. Pour le professeur David Weil, cette situation représente la fragmentation des milieux de travail. Cette

⁷² D. MERCURE, préc., note 22, p. 8.

⁷³ *Id.*

⁷⁴ D. WEIL, préc., note 48, p. 8.

⁷⁵ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Annuaire québécois des statistiques du travail. Portrait des principaux indicateurs du marché et des conditions de travail, 2005-2015*, 12, Québec, 2016, en ligne : <<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/travail-remuneration/annuaire-v12.pdf>>; D. WEIL, préc., note 48, p. 8.

fragmentation est la conséquence de l'intersection entre trois stratégies adoptées par les entreprises. La première se concentre sur l'augmentation des revenus, la deuxième, sur la réduction des coûts et la troisième représente le « ciment » qui permet à la stratégie globale d'externalisation de la main d'œuvre d'opérer efficacement⁷⁶.

Tout d'abord, pour augmenter ses revenus, l'entreprise doit se concentrer sur un noyau d'activités et externaliser les activités accessoires, associées ou support de l'activité principale⁷⁷. Cette stratégie est encouragée par les investisseurs qui y voient un facteur de performance économique⁷⁸. En effet, les nouveaux impératifs des marchés exigent que les entreprises se concentrent sur leurs fonctions qui produisent la plus grande valeur, à la fois pour les investisseurs et pour les consommateurs même si cela signifie de transférer à des organisations extérieures des activités non essentielles à la mission principale de l'entreprise⁷⁹.

Certaines activités, qui ont traditionnellement participé au fonctionnement de l'entreprise, mais qui produisent moins de valeur, peuvent désormais facilement s'exécuter à l'extérieur, telles que les services à la clientèle, les ressources humaines et la production. Par contre, des activités telles que la recherche et le développement ou la conception de produits continueront d'être exécutées au sein de l'entreprise puisque ces activités constituent leur force⁸⁰. Ce faisant, les entreprises peuvent concentrer leur attention et leurs ressources à développer et établir une identité et une image de marque, à développer de nouveaux produits ou de nouvelles méthodes visant à améliorer leur production et leurs opérations⁸¹.

Or, par cette stratégie, la grande entreprise réussit également à réduire ses coûts car, en évacuant certaines activités vers des entreprises de petite taille et qui évoluent dans des environnements plus compétitifs, elles n'ont plus à payer les salaires et les bénéfices plus élevés qu'elles versent normalement⁸². De l'externalisation de certaines activités des grandes entreprises vers de plus petites découle une fragmentation des milieux de travail et une pression à la baisse sur les conditions de travail. En effet, par une telle fragmentation, les bénéfices du regroupement d'un grand nombre de travailleurs aux qualifications différentes au sein de la même grande entreprise sont perdus. Les bénéfices générés par la place privilégiées qu'occupait la grande

⁷⁶ D. WEIL, préc., note 48, p. 8.

⁷⁷ C. HANNOUN, préc., note 44.

⁷⁸ D. WEIL, préc., note 48, p. 11.

⁷⁹ *Id.*, p. 8.

⁸⁰ *Id.*, p. 11.

⁸¹ D. WEIL, préc., note 48.

⁸² *Id.*

entreprise sur les marchés étaient redistribués à cette main-d'œuvre par les salaires⁸³. De plus, au sein d'une même entreprise, le besoin de cohérence et d'équité dans la gestion des ressources humaines faisait que le salaire d'un concierge, par exemple, était tiré par le haut par le salaire de celui au sommet de l'échelle salariale, un ingénieur, par exemple.

Finalement, le ciment qui consolide ces deux stratégies potentiellement contradictoires, soit d'augmenter les revenus tout en réduisant les coûts, est constitué d'une série de techniques qui visent à éliminer le risque que cette extériorisation d'activités ne mette en péril la marque soigneusement bâtie⁸⁴. Pour ce faire, les standards de qualité sont respectés au moyen du contrôle et de la surveillance étroite exercés par les grandes entreprises sur ce qui se fait aux niveaux inférieurs. Ces programmes de contrôle de qualité sont eux-mêmes rendus possibles grâce à l'arrivée des nouvelles technologies de l'information et des communications et grâce à une panoplie d'outils permettant de surveiller étroitement les différentes étapes de la production jusqu'à la livraison au client⁸⁵. Également, de nouveaux modes organisationnels tel que le franchisage et les relations tripartites permettent de conserver un certain contrôle sur la force de travail sans en assumer la responsabilité.

Ainsi, l'extériorisation décrite ci-dessus a cours dans une variété de domaines, de la restauration rapide, à l'hôtellerie, en passant par l'industrie du vêtement. La compagnie Apple, par exemple, conçoit son iPhone en Californie, les fait produire en Asie par des fabricants contractants (le plus important étant Foxconn) et fait affaire avec des compagnies en Europe pour certaines fonctions de l'appareil⁸⁶. Au total, la compagnie Apple n'emploie qu'un peu plus de 50 000 travailleurs (relation d'emploi directe) alors que 257 000 travailleurs occupent des emplois qui en dépendent (sans relation d'emploi directe)⁸⁷.

Stratégies de flexibilité

Pour les entreprises, la flexibilité signifie d'abord et avant tout la capacité à faire face, sans délai, aux fluctuations de la demande et du marché, en ajustant les modes de production et

⁸³ *Id.*, p. 20.

⁸⁴ *Id.*, p. 12.

⁸⁵ Tels que les codes-barres, les protocoles d'échange de données informatisés, les numéros d'identification du produit, les standards de livraison, les GPS, etc. *Id.*

⁸⁶ Benjamin KABIN, « Apple's iPhone: Designed in California But Manufactured Fast All Around the World (Infographic) », en ligne : <<https://www.entrepreneur.com/article/228315>>.

⁸⁷ *Id.*

les politiques de gestion pour une utilisation polyvalente des ressources⁸⁸. Les entreprises disposent pour ce faire de plusieurs outils. Cette flexibilité peut soit passer par une utilisation accrue de la technologie, soit par la modification de la masse salariale, soit par l'extériorisation du travail. L'entreprise peut rechercher cette flexibilité autant à l'interne, c'est-à-dire en mobilisant les efforts de son personnel (polyvalence, auto-contrôle, horaires variables, temps partiel, etc.), qu'à l'externe (travail en réseau, recours à la sous-traitance, à des travailleurs autonomes, etc.)⁸⁹. Ainsi, la recherche de flexibilité est souvent synonyme de « déstandardisation » de l'emploi⁹⁰, celle-ci se traduisant en régression de l'emploi stable et protecteur.

Il y a, pour commencer, la flexibilité technique qui, par le recours aux technologies, exige de la part des travailleurs des qualifications élargies⁹¹. Celles-ci permettent d'augmenter la compétitivité de l'entreprise par l'introduction de nouvelles méthodes de production et ce afin d'offrir une plus grande variété de produits et de services⁹². La flexibilité fonctionnelle, quant à elle, renvoie à la capacité de l'entreprise de redéfinir les tâches et relève de politiques de gestion qui demandent, de la part des travailleurs, une plus grande polyvalence dans leur travail⁹³. Les postes étant de moins en moins définis, les travailleurs doivent être en mesure d'effectuer des tâches diverses, mais aussi de s'adapter rapidement aux nouvelles technologies⁹⁴. Cette forme de flexibilité repose sur une organisation du travail davantage fondée sur l'autonomie responsable et sur l'initiative des salariés⁹⁵.

Ainsi présentées, ces dernières formes de flexibilité pourraient paraître bénéfiques à la qualité de l'emploi⁹⁶, en contribuant à décroisser le travail et à accroître la mobilité interne du personnel. Cet espoir a pourtant été anéanti par l'importante récession économique qui, au début

⁸⁸ Jeanne DANCETTE, *Dictionnaire analytique de la mondialisation et du travail*; D. MERCURE, préc., note 22, p. 8 et 9.

⁸⁹ F. MORIN, J.-Y. BRIERE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, en ligne: <<http://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/8/191266328>> (consulté en septembre 2016).

⁹⁰ Paul-André LAPOINTE, Jean-Noël GRENIER, Yves HALLÉE, Catherine LE CAPITAINE, Sylvie MOREL et Pascal PAILLÉ, *La qualité du travail et de l'emploi au Québec: données empiriques et cadres conceptuels*, Québec (Québec), Presses de l'Université Laval, 2013, p. 4.

⁹¹ D. MERCURE, préc., note 22, p. 11.

⁹² Jean BERNIER, Guylaine VALLÉE et Carol JOBIN, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle: rapport final*, Québec, Travail Québec, 2003, p. 28.

⁹³ D. MERCURE, préc., note 22, p. 11.

⁹⁴ COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, préc., note 4, p. 22.

⁹⁵ D. MERCURE, préc., note 22, p. 11.

⁹⁶ P.-A. LAPOINTE et al., préc., note 90, p. 2.

des années 1980, a mené à la baisse des profits des entreprises et à des sommets inégalés de chômage. En effet, cette crise a incité les entreprises à rechercher une plus grande flexibilité financière par l'adaptation des coûts d'investissement (dont ceux associés à la main-d'œuvre) aux variations du marché⁹⁷.

Pour ce faire, les entreprises ont révisé leurs modes d'acquisition de la force de travail afin d'éliminer les éléments qui les liaient à long terme aux travailleurs. Elles ont favorisé des modes d'acquisition qui leur permettraient de réduire au maximum leurs coûts et leurs obligations, sans toutefois compromettre leur capacité à pallier aux besoins lors des fortes demandes. Les préoccupations que soulevait une telle stratégie pour la qualité des emplois ont cédé le pas, avec l'explosion du chômage, à des préoccupations davantage liées au maintien et à la création d'emplois⁹⁸. Ce contexte a ainsi nourri un discours, tenu entre autres par l'OCDE, basé sur une logique d'arbitrage entre la qualité et le nombre des emplois⁹⁹.

Ce contexte a permis aux entreprises de mettre en place une nouvelle forme de flexibilité financière, la flexibilité salariale. Celle-ci vise l'ajustement du coût par heure travaillée au moyen d'une révision fréquente des salaires selon les niveaux de productivité et l'état de l'offre et de la demande sur le marché du travail. Cette stratégie peut également conduire à la remise en question par les employeurs, des principes de parité salariale et d'indexation des salaires¹⁰⁰.

L'entreprise peut aussi tenter de réduire les coûts non salariaux, soit ceux qui sont liés à la protection sociale et juridique des personnes. Cet objectif peut inciter à recourir à une main-d'œuvre à temps partiel ou temporaire, puisqu'à ces dernières formes d'emplois sont généralement associés des avantages sociaux inférieurs à ceux des autres formes d'emploi et parfois même, des avantages inexistant¹⁰¹. De plus, le recours à des travailleurs pour une durée déterminée permet d'éviter d'avoir à donner un avis écrit lors de la cessation d'emploi ou, à défaut, d'avoir à payer l'indemnité de fin d'emploi¹⁰².

Cette dernière stratégie peut également être jumelée à la flexibilité numérique qui consiste à adapter le volume de la main-d'œuvre et la quantité des heures travaillées aux fluctuations du marché. Pour ce faire, l'employeur peut choisir de renégocier les contrats de travail et les

⁹⁷ D. MERCURE, préc., note 22, p. 11.

⁹⁸ P.-A. LAPOINTE et al., préc., note 90, p. 3.

⁹⁹ *Id.*, p. 4.

¹⁰⁰ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 28; D. MERCURE, préc., note 22, p. 12.

¹⁰¹ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 39.

¹⁰² *Loi sur les normes du travail*, RLRQ c. N-1.1, art. 82, 82.1 et 83.

garanties d'emploi, ou encore de procéder à des mises à pied. Par conséquent, cette forme de flexibilité mène au remplacement de plusieurs emplois permanents par des emplois temporaires, ce qui contribue à la montée de l'instabilité du travail¹⁰³. L'objectif est ainsi de réduire le noyau de personnel régulier et stable à ce qui est strictement nécessaire et d'engager, au gré de la demande, des travailleurs temporaires afin de combler les besoins immédiats de l'entreprise¹⁰⁴. De fait, une part importante des nouveaux emplois sont pour une durée relativement courte ou déterminée, les emplois occasionnels représentant aujourd'hui plus de 17% de l'ensemble des emplois au Canada¹⁰⁵.

Finalement, un dernier type de flexibilité, la flexibilité temporelle, désigne cette capacité des entreprises de modifier les horaires de travail de leurs employés en vue de s'adapter au processus de production, aux variations de la demande ou pour rentabiliser leur capital¹⁰⁶. Cette question du temps de travail est en effet devenue centrale à la recherche de flexibilité ces dernières années, la concurrence étant devenue « plus sensible à l'importance du facteur temps »¹⁰⁷. Les employeurs ont ainsi demandé à leur personnel d'accepter des horaires de travail de plus en plus flexibles, plus longs, et souvent moins adaptés à la vie sociale. Ces demandes répétées ont de telle manière provoqué l'éclatement et la diversification des horaires de travail¹⁰⁸.

Cette diversification des horaires de travail signifie surtout l'érosion de l'horaire traditionnel de travail, soit celui à temps plein, de jour, du lundi au vendredi. Il y a donc eu augmentation du travail de nuit, de la durée des journées de travail et des horaires brisés. Au total, déjà dans la décennie 1990, 55% des travailleurs étaient assujettis à un horaire différent de l'horaire normal (de 9 heures à 17 heures)¹⁰⁹. Or, c'est sur la base de ce modèle déclinant (« standard working time »¹¹⁰) que les législateurs ont établi les régimes en matière de durée du travail.

Ainsi, ce décalage entre ces nouveaux horaires et l'application malaisée des règles qui traitent de la durée du travail est susceptible d'exacerber les conflits travail-famille et la

¹⁰³ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 29.

¹⁰⁴ F. MORIN, J.-Y. BRIERE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1.

¹⁰⁵ *Id.*

¹⁰⁶ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 29.

¹⁰⁷ COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, préc., note 4, p. 25.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ S. RUTA et L.-F. DAGENAIS, préc., note 67, p. 26.

¹¹⁰ Judy FUDGE, *Control over Working Time and Work-Life Balance: A Detailed Analysis of the Canada Labour Code, Part III*, Osgoode Hall Law School, York University, 2006, p. 72.

polarisation dans la distribution des heures de travail. Dans le contexte économique et politique actuel, ce besoin de flexibilité semble recevoir une interprétation unilatérale, en ce sens qu'il ne semble être interprété qu'au bénéfice de l'employeur et au détriment des travailleurs, qui se retrouvent avec des horaires difficilement conciliables avec leur vie privée. Or, la prérogative de l'employeur de fixer les horaires de travail est déjà importante, car celle-ci n'est que faiblement encadrée par la loi¹¹¹. Cette flexibilité permet alors à l'entreprise de réduire les coûts associés à la main-d'œuvre, en lui évitant d'avoir à employer de nouvelles personnes ou d'avoir à payer du travail en temps supplémentaire.

Pour les employés toutefois, cette flexibilité dans le temps de travail ne semble pas leur permettre d'accéder à des horaires de travail plus adaptés à leurs besoins. Alors que les entreprises ont promis que cette flexibilité octroierait aux employés un plus grand contrôle sur leur temps de travail, cela n'a souvent pas été le cas¹¹². Ce constat découle du fait qu'au Québec, le droit de refuser de travailler au-delà des heures habituelles de travail est très limité et qu'il n'y a aucune journée normale ou maximale de travail et aucun maximum d'heures de travail par semaine¹¹³. Ceci a pour conséquence de soumettre le travailleur à une obligation de disponibilité relativement étendue, perçue comme étant le pendant de l'obligation d'exécuter sa prestation de travail avec diligence, conformément aux directives de l'employeur¹¹⁴. Tel qu'abordé plus loin, cette prérogative de l'employeur a une portée plus lourde pour les travailleurs qui n'ont pas un horaire de travail habituel à temps plein.

Ainsi, l'entreprise use de nouvelles stratégies afin d'accroître sa profitabilité et de faire face à la concurrence accrue. Or, nous pouvons nous questionner sur le caractère inévitable ou non du recours à ces stratégies de flexibilisation. Les acteurs ont-ils véritablement été contraints d'adopter ces stratégies face à la compétition accrue, ou ont-ils plutôt promu ce nouveau modèle auprès des gouvernements afin de profiter des lacunes qui existent dans les règles se situant aux limites du droit du travail et de se dégager ainsi de leur responsabilité¹¹⁵?

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.*, p. 16.

¹¹³ Stéphanie BERNSTEIN, « Balancing Work and Family in the Low-Wage Service Sector: The Role of Legislated and Collectively Bargained Norms in Quebec », (2011) 40-Supplement 1 *Work* 119-128, 121.

¹¹⁴ Guylaine VALLEE, « Les nouvelles formes d'emploi et le "brouillage" de la frontière entre la vie de travail et la vie privée: jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? », (2010) 15-2 *Lex Electron.*, 33.

¹¹⁵ COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, préc., note 4, p. 26.

1.1.2.2. Définition du travail précaire

Ainsi, cette recherche de flexibilité implique « que l'on traite le personnel comme une force maniable à volonté, ductile et rétractile vis-à-vis des impératifs de la loi de l'offre et de la demande »¹¹⁶. Cet accroissement de la flexibilité au sein du marché du travail, accompagné de l'affaiblissement des protections sociales et de la sécurité d'emploi a pour effet de reporter le poids de l'incertitude marchande sur les travailleurs¹¹⁷. Cette situation est à l'origine d'une précarisation de l'emploi, un concept qui reste à définir, puisqu'à ce jour, il n'y a aucune définition du phénomène qui fasse l'unanimité. Passons donc en revue quelques définitions tirées de la littérature qui semblent les plus représentatives de l'interprétation générale.

Premièrement, l'emploi précaire est un phénomène qui, dans son interprétation la plus générale, réfère à l'absence ou à l'insuffisance de droits et de protection au bénéfice du travailleur. Il s'agit de formes d'emploi où font défaut les aspects les plus élémentaires de protection et de sécurité¹¹⁸. Si cette définition s'applique à l'emploi qui s'inscrit dans le secteur informel de l'économie, elle s'applique, de plus en plus, à plusieurs formes d'emplois qui ont cours dans le secteur formel, en raison, entre autres, de la dégradation des conditions d'emploi et de la diversification des formes d'emplois¹¹⁹, autant à l'intérieur (temps partiel, travail intérimaire, temporaire, etc.), qu'à l'extérieur de l'entreprise (travail autonome, sous-traitance, etc.).

Le concept de l'emploi précaire met ainsi l'accent sur la qualité des emplois. Ce faisant, il tente de rendre compte des conditions d'emploi et des processus¹²⁰ qui mènent à l'insécurité, à l'instabilité et à la vulnérabilité chez les travailleurs et ce, en s'intéressant aux caractéristiques qui sont liées à l'emploi plutôt qu'aux caractéristiques des personnes qui les occupent¹²¹. Il s'agit

¹¹⁶ F. MORIN, J.-Y. BRIERE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1.

¹¹⁷ P.-A. LAPOINTE et al., préc., note 90, p. 4.

¹¹⁸ L. F. VOSKO, M. MACDONALD et I. CAMPBELL, préc., note 33, p. 2. Voir également l'article de Nicola Kountouris qui passe en revue les différentes approches conceptuelles qui ont trait au travail précaire: Nicola KOUNTOURIS, « The Legal Determinants of Precariousness in Personal Work Relations: A European Perspective », (2012) 34-1 *Comp. Labor Law Policy J.* 21.

¹¹⁹ BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Politiques et réglementation visant à lutter contre l'emploi précaire*, Genève, 2011, p. 5 et 8.

¹²⁰ Valentine HÉLARDOT, « Précarisation du travail et de l'emploi : quelles résonances dans la construction des expériences sociales ? », (2005) 60-4 *Empan* 30, 30.

¹²¹ Contrairement, au concept de travailleurs vulnérables dont traite les articles suivants : Judy FUDGE, « Beyond Vulnerable Workers: Towards a New Standard Employment Relationship », (2005) 12 *Can. Lab Emp LJ* 151; David

donc d'un concept complexe et multidimensionnel¹²² qui tente d'identifier les dimensions de la précarité, auxquelles est liée une série d'indicateurs plus précis. Ces dimensions et ces indicateurs permettent de situer les diverses formes d'emplois sur un continuum selon l'étendue de la précarité.

Janine Rodgers et Gerry Rodgers ont été dans les premiers à associer quatre dimensions à la notion de précarité. Il s'agit : (1) de la certitude quant à la continuité du lien d'emploi; (2) le niveau de contrôle sur les conditions de travail, lié à la présence ou non d'un syndicat; (3) le niveau de protection sociale, et (4) le niveau de revenu, en ce qu'il permet de subvenir aux besoins du travailleur et des personnes qui en dépendent¹²³. La professeure Leah F. Vosko a cependant reproché à cette définition d'être trop étroite, car elle tient pour acquis la situation du travailleur salarié et en ignorant l'importance du contexte social et culturel et des rapports entre les sexes¹²⁴. Elle propose d'ajouter une cinquième dimension, qui comprend des facteurs socio-démographiques, afin d'en tenir compte.

Ainsi, la professeure Leah F. Vosko soutient que l'impact des facteurs de précarité dépend grandement de ce contexte social et culturel et des dynamiques qui persistent entre les sexes, « specifically the ways in which sexual difference forms the basis for exclusions and inclusions and constitutes inequalities in power, authority, rights and privileges »¹²⁵. La professeure Vosko privilégie une approche qui soit plus sensible à ce contexte et à ces dynamiques en étudiant la relation entre, d'une part, la forme d'emploi (temps partiel/temps plein ou temporaire/permanent) et le statut d'emploi (travail autonome/salarié) et, d'autre part, les dimensions de la précarité. Elle a toutefois poussé l'analyse plus loin en regardant de quelle manière la précarité varie selon le sexe, la race, le statut d'immigration, l'âge et le secteur occupationnel, ce qui l'amène à conclure, notamment, à l'existence d'un phénomène de genre¹²⁶.

WEIL, « Rethinking the Regulation of Vulnerable Work in the U.S.A.: A Sectorial based Approach », (2009) 51-3 *J. Ind. Relat.* 411.

¹²² Leah F. VOSKO, « Precarious Employment: Towards an Improved Understanding of Labour Market Insecurity », dans *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 4-39, p. 4.

¹²³ Gerry RODGERS et Janine RODGERS, *Precarious jobs in labour market regulation: the growth of atypical employment in Western Europe*, Geneva, Switzerland : [Brussels], International Institute for Labour Studies ; Free University of Brussels, 1989.

¹²⁴ L. F. VOSKO, préc., note 122 aux pages 16-18.

¹²⁵ *Id.*, p. 12.

¹²⁶ Cynthia J. CRANFORD et Leah F. VOSKO, « Conceptualizing Precarious Employment: Mapping Wage Work across Social Location and Occupational Context », dans *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 43 à 66 aux pages 43-45.

Prenant ces éléments en considération, la professeure Leah Vosko a défini ainsi le phénomène :

Precarious employment encompasses forms of work involving limited social benefits and statutory entitlements, job insecurity, low wages, and high risks of ill-health. It is shaped by employment status (i.e., self-employment or wage work), form of employment (i.e., temporary or permanent, part-time or full-time), and dimensions of labour market insecurity as well as social context (such as occupation, industry, and geography), and social location (the interaction between social relations, such as gender and “race,” and political and economic conditions).¹²⁷

Les professeures Stéphanie Bernstein, Marie-Josée Dupuis et Guylaine Vallée ont adopté une conception similaire :

[u]n *continuum* permettant de déterminer l'étendue de la précarité en explorant ses différentes dimensions à l'aide d'une série d'indicateurs. Ces indicateurs comprennent la certitude quant à la continuité du lien d'emploi (contrat de courte durée, travail occasionnel, etc.); le niveau de contrôle, qu'il soit individuel ou collectif, sur les conditions de travail; le degré de protection, qu'elle soit législative, contractuelle ou inscrite dans la pratique; le niveau de revenu; et des facteurs socio-démographiques tels le sexe et le statut d'immigration.¹²⁸

Cette définition fait appel, indirectement, à la notion d'emploi atypique, qui permet de révéler la diversité des formes d'emploi qui s'écartent de la norme, à laquelle les auteurs anglophones réfèrent en tant que « standard employment relationship »¹²⁹. L'emploi atypique est donc constitué des formes d'emplois qui dévient de la norme de l'emploi typique, qui est un travail salarié, caractérisé par une relation de travail subordonnée à durée indéterminée et à temps plein, pour le compte d'un même employeur et qui survient sur les lieux de son entreprise¹³⁰. Ainsi définie, la notion d'emploi atypique est basée sur une dichotomie¹³¹ alors que la notion d'emploi précaire est un phénomène aux multiples facettes.

Cette définition du travail précaire fait le lien entre, d'une part, les dimensions de la précarité et, d'autre part, les formes et les statuts d'emplois. La précarité se découvre ainsi à partir d'un certain nombre de dimensions dont la présence et le niveau varient selon les formes et les

¹²⁷ L. F. VOSKO, préc., note 122, p. 3 et 4.

¹²⁸ Stéphanie BERNSTEIN, Marie-Josée DUPUIS et Guylaine VALLÉE, « Au-delà de l'égalité formelle: confronter l'écart entre les sexes sur un marché du travail en mutation, l'exemple canadien », dans *Genre et droit social*, 2^e éd., Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2008, p. 357, p. 363.

¹²⁹ L. F. VOSKO, préc., note 122, p. 8.

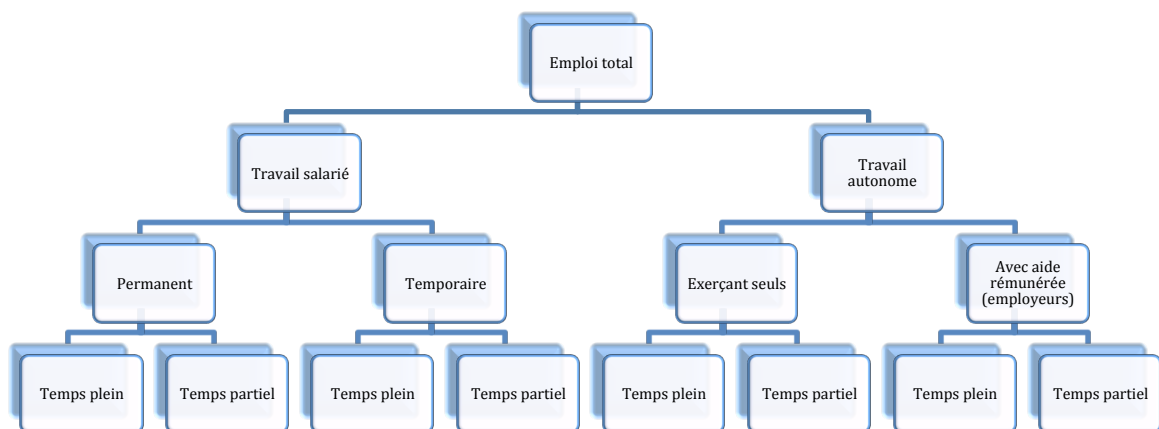
¹³⁰ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92.

¹³¹ J. FUDGE et R. J. OWENS, préc., note 41, p. 11.

statuts d'emploi. Cette conception de la précarité exige donc de segmenter les différentes formes d'emploi en groupes mutuellement exclusifs, ce qui permet d'associer la présence de ces facteurs de précarité à chacun de ces types ou formes d'emploi¹³². Cela permet, ensuite, de classifier les formes d'emplois selon le niveau de précarité qui est associé à chacune.

Ces groupes ont été obtenus en divisant tout d'abord l'emploi total en deux catégories, sur la base du statut d'emploi, soit le travail salarié et le travail autonome. La première catégorie, celle du travail salarié, a été subdivisée selon la durée du lien d'emploi, entre le travail permanent et le travail temporaire et ces deux dernières catégories ont été, à leur tour, subdivisées sur la base de l'horaire de travail, entre le travail à temps plein et le travail à temps partiel. La deuxième catégorie, celle du travail autonome, a été subdivisée entre le travail autonome exercé seul et celui qui implique l'embauche d'aides rémunérés (soit les employeurs). Chacune de ces catégories a, également, été subdivisée sur la base de l'horaire de travail entre le travail autonome à temps plein et à temps partiel.

Figure 1 : Subdivisions de l'emploi total



Source : Leah F. VOSKO, « Precarious Employment: Towards an Improved Understanding of Labour Market Insecurity », dans *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, Figure I.I.

¹³² L. F. VOSKO, préc., note 122, p. 19.

Décomposer l'emploi de cette façon, en huit formes d'emploi mutuellement exclusives, permet de dégager le lien qui existe entre ces formes et ces statuts d'emploi et le travail précaire, les dimensions de précarité affectant davantage certaines formes d'emploi que d'autres¹³³. En effet, l'existence d'indicateurs précis a permis aux professeures Vosko et Cranford de classer les différentes formes de travail salarié à l'intérieur d'un continuum de précarité, les emplois à temps plein permanents étant les moins précaires, suivis (en ordre croissant de précarité) du travail à temps plein temporaire, du travail à temps partiel permanent et du travail à temps partiel temporaire¹³⁴. L'adaptation de ces mêmes indicateurs au contexte du travail autonome permet de classer ces formes sur un continuum de précarité similaire, en ordre croissant : le travail autonome à temps plein avec aide rémunéré, le travail autonome à temps plein sans aide rémunéré, le travail à temps partiel avec aide rémunéré et, finalement, le travail à temps partiel sans aide rémunéré¹³⁵.

Ce continuum révèle par conséquent une corrélation entre l'emploi précaire et l'emploi atypique¹³⁶ puisque plus la forme d'emploi s'éloigne de l'emploi typique, soit l'emploi permanent à temps plein, plus cette forme est susceptible d'être précaire. Ceci s'explique par le fait que les quatre premières dimensions permettant d'identifier l'emploi précaire, soit la certitude quant à la continuité du lien d'emploi, le niveau de contrôle sur les conditions de travail, le degré de protection ainsi que le niveau revenu, faisaient partie du compromis fordiste qui fut aménagé dans le but de garantir un minimum de sécurité au salarié permanent à temps plein en échange de sa subordination¹³⁷. Or, l'obsolescence de ce compromis se manifeste, précisément, par l'apparition de ces nouvelles formes d'emplois, qui permettent à l'employeur de retirer ces garanties de stabilité et de sécurité au travailleur. C'est pourquoi le travail atypique est le plus souvent synonyme de travail précaire, puisqu'il est source de plusieurs inconvénients, et offre

¹³³ *Id.*

¹³⁴ C. J. CRANFORD et L. F. VOSKO, préc., note 126, p. 47.

¹³⁵ Leah F. VOSKO et Nancy ZUKWICH, « Precarious by Choice? Gender and Self-employment », dans *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 67-89, p. 76.

¹³⁶ S. BERNSTEIN, M.-J. DUPUIS et G. VALLÉE, préc., note 128; Patricia HUGHES, « Remedying the Experiences of Vulnerable Workers: Links with Employment Equity », dans *Employment Equity in Canada: The Legacy of the Abella Report*, Toronto Buffalo London, University of Toronto Press, 2014, p. 176-194, p. 178.

¹³⁷ Pierre VERGE, « L'adaptation du droit du travail à la "nouvelle entreprise" », dans Jean BERNIER, *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 21, p. 36; Leah F. VOSKO et Lisa F. CLARK, « Canada: Gendered precariousness and social reproduction », dans *Gender and the contours of precarious employment*, London and New York, Routledge, 2009, p. 27.

généralement de moins bonnes conditions de travail, une moindre protection sociale et des revenus plus faibles¹³⁸.

Malgré cette corrélation, il ne faut pas confondre le concept de l'emploi précaire avec celui de l'emploi atypique. En effet, des études réalisées dans le contexte européen révèlent que « les emplois atypiques ne sont pas nécessairement synonymes d'emplois précaires, étant donné qu'ils « font l'objet de réglementations plus strictes et donnent notamment accès à la protection sociale »¹³⁹. Ainsi, il faut tenir compte de la grande hétérogénéité qui caractérise le travail atypique, sachant que tous les emplois atypiques ne sont pas précaires. Prenons à titre d'exemple le travail à la pige, dont la situation « peut varier tellement selon les secteurs d'activité [et selon la scolarité, l'âge et le sexe de la personne] que cette forme d'occupation peut conférer un statut socio-économique très inégal »¹⁴⁰. À l'inverse, les emplois typiques peuvent aussi être précaires, notamment en raison de la dégradation des conditions de travail et des mutations importantes du marché de l'emploi, la précarité pouvant se retrouver aujourd'hui dans toutes les formes d'emploi, mêmes les plus typiques¹⁴¹.

Pour terminer, malgré différentes formulations, ces définitions ont en commun, d'une part, le fait qu'elles s'attardent aux caractéristiques du lien d'emploi, permettant ainsi d'en évaluer la qualité, et qui sont liées à la continuité du lien d'emploi, au contrôle de ses conditions de travail, au niveau de protection ainsi qu'au revenu¹⁴². D'autre part, le concept tente de prendre en compte la situation sociale, culturelle et ethnique des personnes et ce, afin d'être plus sensible au désavantage vécu par certains groupes à l'intérieur du marché de l'emploi. Comme nous l'avons énoncé un peu plus haut, l'étude du travail précaire s'intéresse davantage aux dynamiques de précarisation. L'importance de s'attarder à ce phénomène s'explique notamment par le sombre portrait de l'emploi précaire, celui-ci constituant une remise en cause de la promesse du travail comme moyen d'accéder à la sécurité (autant physique qu'économique) ainsi que comme lieu de renforcement de l'identité (individuelle et collective).

¹³⁸ Leah F. VOSKO, *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, McGill-Queen's University Press, Montréal/Kingston, 2006.

¹³⁹ Martine D'AMOURS, *La qualité d'emploi des travailleurs indépendants qualifiés, traducteurs, journalistes et avocats*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014, p. 5.

¹⁴⁰ Lucie-France DAGENAIS, *Travail à la pige, précarité et difficultés d'accès au logement; Expertise sociologique sur le cas de monsieur Bia-Domingo*, 1999, p. 2 et 3. Cité dans *Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Bia-Domingo) c. Francesco Sinatra*, 1999.

¹⁴¹ L. F. VOSKO, préc., note 122, p. 16; J. FUDGE et R. J. OWENS, préc., note 41, p. 11.

¹⁴² G. RODGERS et J. RODGERS, préc., note 123.

1.2. Travail précaire : le rôle du droit dans la précarisation

Tel que déjà expliqué, il y a corrélation entre l'emploi précaire et l'emploi atypique, dans la mesure où les emplois atypiques « offrent généralement de moins bonnes conditions de travail, une moindre protection sociale et des revenus plus faibles »¹⁴³. C'est pourquoi les emplois atypiques sont plus susceptibles de conduire à la précarité en emploi. Cette section s'intéresse au rôle que joue le droit quant au phénomène de la précarité, en examinant plus particulièrement son application différente selon qu'il s'agisse d'un emploi typique ou atypique. Il est possible d'étudier spécifiquement cette question puisque, contrairement à l'emploi précaire, l'emploi atypique est observable et mesurable objectivement.

Ainsi, nous nous intéressons aux difficultés supplémentaires vécues par les travailleurs atypiques quant à l'accès au droit du travail. En nous posant cette question, nous tentons de voir si les travailleurs atypiques souffrent d'un déficit de protection résultant de l'inadaptation du droit au contexte actuel et si le droit ne participerait pas ainsi à la précarisation de ces emplois. Il pourrait en être ainsi des deux façons suivantes : premièrement, des disparités entre les personnes peuvent nuire à l'efficacité de la loi si celle-ci n'en tient pas compte et qu'elle traite ces personnes de la même façon, participant ainsi à accroître certaines inégalités. Deuxièmement, la loi peut aussi accroître ces inégalités en établissant des distinctions entre les travailleurs, volontairement ou non, distinctions qui produisent des disparités dans la distribution des bénéfices et des protections.

1.2.1. La position économique et sociale des travailleurs précaires : disparités face à la loi

Il est difficile de situer les causes à l'origine de la précarité car celles-ci sont multiples et, en bonne partie, de nature structurelle. Sont souvent citées : la recherche de flexibilité et de rentabilité à court terme de la part de l'employeur, la sous-traitance, les délocalisations, les privatisations, etc.

Or, le droit doit normalement jouer un rôle protecteur afin de sanctionner les abus de certains modes organisationnels. Il arrive cependant que certaines personnes se trouvent

¹⁴³ Luc CLOUTIER-VILLENEUVE, « Évolution de l'emploi atypique au Québec depuis 1997 », (2014) 15-3 *Flash-Info* 1-20, 1.

incapables dans les faits de mettre en œuvre leurs droits. Quand bien même la loi leur offre une protection, certains travailleurs, « en raison de leur vulnérabilité, manquent souvent des moyens, de la confiance ou des connaissances nécessaires pour faire respecter leurs droits »¹⁴⁴. Cette section s'intéresse à ces dernières situations, c'est-à-dire aux situations où les caractéristiques mêmes des personnes peuvent constituer un obstacle à l'application de la loi, par exemple, du fait de la méconnaissance de la langue, du manque de temps, du manque de ressources, parfois même de la peur d'être déporté, etc. Le droit du travail ayant justement pour rôle de protéger ces travailleurs, il apparaît primordial d'examiner si le droit réussit à atteindre cet objectif dans le contexte des nouvelles réalités du travail.

Or, les lois du travail ayant été conçues afin de s'appliquer au travail typique, semblent inadaptées aux contraintes actuelles. Par leur inadaptation, ces lois deviennent de moins en moins efficaces et, de ce fait, contribuent à la précarisation de certains emplois. En effet, tel qu'exposé plus haut, les différents régimes de protection ont été élaborés dans le contexte d'une société fordiste, période où la croissance économique nourrissait un marché de l'emploi constitué presque exclusivement d'emplois à temps plein et permanents. Dans l'entreprise classique, l'entrepreneur cherchait à intégrer sous sa direction l'ensemble des facteurs productifs, dont le travail humain, qui était alors plus stable. Par le fait même, cette stabilité permettait le rattachement d'un ensemble de protections à la condition de travailleur dépendant, soit la constitution d'un statut salarial¹⁴⁵. Dans la nouvelle économie, l'entreprise recherche davantage de flexibilité, ce qui mène à une « logique de contractualisation », une logique selon laquelle les rapports sont davantage prescrits par les liens contractuels que par la loi. Par la voie de diverses déclinaisons contractuelles, avec pour seule limite la volonté des parties, l'employeur peut multiplier les formes d'emploi et transformer plusieurs emplois typiques en emplois atypiques (qui constituent aujourd'hui plus du tiers des emplois)¹⁴⁶.

Dans ce contexte, le droit atteint-il les personnes qui en ont réellement besoin et leur assure-t-il un accès aux différents régimes offerts par l'État? En d'autres termes, des disparités sociales et économiques viennent-elles freiner l'accès de certains à des droits ou bénéfices offerts à d'autres? Il semble bien que ce soit le cas car la position économique et sociale de certains

¹⁴⁴ COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, préc., note 4, p. 29.

¹⁴⁵ A. SUPLOT, préc., note 11, p. xviii.

¹⁴⁶ Pierre VERGE, Gilles TRUDEAU et Guylaine VALLÉE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Québec, ÉditionsThémis, 2006; P. VERGE, préc., note 137, p. 23; J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92.

travailleurs peut mener à la « défaillance législative »¹⁴⁷. Ceci peut s'expliquer par les rapports de force au sein du marché et par l'absence de participation de certains travailleurs « in the design, content, and extent of implementation of regulation »¹⁴⁸. Pour savoir si une loi est efficace¹⁴⁹, il faut porter une attention particulière au contexte du marché du travail, caractérisé par une diversité croissante (parfois intersectionnelle)¹⁵⁰. C'est qu'en effet, « [l']égalité de traitement des travailleurs plus vulnérables constitue [...] l'un des grands défis actuels de notre époque »¹⁵¹. Il arrive parfois que l'existence d'un droit ne constitue pas « *ipso facto*, une protection contre les conséquences multiples de son exercice » puisqu'il faut tenir compte des réalités sociales qui font en sorte que « les travailleurs et travailleuses soumis à la précarité ne peuvent pas, bien souvent, exercer leurs droits même si ces droits existent sur papier »¹⁵².

Tel que l'explique, la professeure Patricia Hugues :

It is not sufficient that work be covered by protective legislation, however; it is at least equally important to know about the compliance mechanisms and enforcement processes. Complaint-based enforcement is not suitable for people in precarious work: not only might they lack the knowledge and skills to make a complaint, they may be particularly fearful of losing their job. They may be concerned about immigration authorities and repatriation.¹⁵³

Dans certaines circonstances, l'absence de dispositions claires, qui laissent voir que le droit est applicable aux travailleurs atypiques, fait en sorte que ce droit est plus difficile à exercer¹⁵⁴. En effet, l'absence de dispositions spécifiques aux travailleurs atypiques peut parfois être une source d'incertitude quant à l'applicabilité du droit ou parfois rendre l'application du droit trop coûteuse. Par exemple, certains travailleurs, qui sont embauchés par des agences de

¹⁴⁷ « Regulatory Failure » : Stéphanie BERNSTEIN, Katherine LIPPEL, Eric TUCKER et Leah F. VOSKO, « Precarious Employment and the Law's Flaws: Identifying Regulatory Failure and Securing Effective Protection for Workers », dans *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 203 à 220.

¹⁴⁸ *Id.*, p. 210.

¹⁴⁹ Pour Guy Rocher, l'efficacité, c'est la façon dont le droit a des effets qui correspondent à l'intention de celui qui le fait, du législateur par exemple. Guy ROCHER, Yan SÉNÉCHAL, UNIVERSITÉ DE MONTRÉAL et CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, 2016, p. 303 à 320; Gilles TRUDEAU, « La contractualisation du droit des relations professionnelles: une illustration des tendances nord-américaines », dans *La contractualisation du droit social*, coll. Actes du Séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale de Bordeaux, Université Montesquieu-Bordeaux IV, p. 55 à 83.

¹⁵⁰ L. F. VOSKO, préc., note 122, p. 30.

¹⁵¹ COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, préc., note 4, p. 21.

¹⁵² Katherine LIPPEL, « Face aux conséquences de la flexibilisation de l'emploi: les solutions juridiques et leurs limites », dans *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 45-52, p. 48.

¹⁵³ P. HUGHES, préc., note 136, p. 183.

¹⁵⁴ S. BERNSTEIN, K. LIPPEL, E. TUCKER et L. F. VOSKO, préc., note 147, p. 210; K. LIPPEL, préc., note 152, p. 48.

placement et travaillent dans un autre établissement peuvent douter de l'identité de leur véritable employeur. Ce doute pourrait décourager certains travailleurs à rechercher la mise en œuvre de leurs droits et, dans l'éventualité où ils le tentent, le débat pourrait s'avérer plus long et plus coûteux. Par ailleurs, certains travailleurs peuvent être induits en erreur sur leur véritable statut, si par exemple leurs employeurs leur affirment qu'ils sont travailleurs autonomes alors que dans les faits ils sont salariés. Ceux-ci croiront ainsi faussement que les lois du travail ne s'appliquent pas à eux.

Il faut alors se préoccuper de cette diminution de la capacité des travailleurs de se prévaloir des droits dont ils sont pourtant détenteurs autant que de l'état du droit positif si nous voulons que le droit du travail réponde à ses objectifs¹⁵⁵. Dans l'état actuel du droit, il n'existe aucune disposition qui cherche à garantir aux travailleurs atypiques un traitement égal ou même équitable par rapport aux autres. Au contraire, la loi, par la voie d'exclusions, certaines volontaires, d'autres non, crée des obstacles qui nuisent à leur protection tel que nous l'analysons dans la section suivante.

Il est vrai que certaines lois, comme par exemple la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, contiennent des dispositions visant les emplois atypiques spécifiquement, mais celles-ci sont rares. Par conséquent, l'inadaptation des mécanismes d'application des lois du travail aux réalités du travail atypique, fait que ces lois ne protégeront pas aussi bien les travailleurs atypiques.

1.2.2. Un droit inadapté aux nouvelles formes d'emploi : disparités « dans » l'application de la loi

En deuxième lieu, afin de vérifier si la loi remplit ses objectifs, il convient d'examiner si des lacunes ou des exclusions viennent nuire au niveau de la protection sociale des travailleurs atypiques. Notons que ces lacunes ou exclusions n'ont pas à être volontaires ou explicites pour avoir cet effet. C'est effectivement ce qui se produit aujourd'hui puisque, dans la plupart des cas, les travailleurs atypiques ne font l'objet d'exclusion ni explicite ni implicite, mais les « caractéristiques de leur situation de travail peuvent [...] faire en sorte qu'[ils] ne bénéficient pas pleinement des protections accessibles à l'ensemble des salariés »¹⁵⁶. Il s'agit, le plus souvent, de

¹⁵⁵ K. LIPPEL, préc., note 152, p. 49.

¹⁵⁶ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 131.

règles générales, en apparence neutres, mais dont l'application est mal adaptée aux situations qui s'écartent de la norme, qu'elles se distinguent par la durée hebdomadaire, par la continuité du lien d'emploi, etc.

Rappelons que pour déterminer si une situation d'emploi est précaire, il est nécessaire de considérer, entre autres, quatre dimensions toutes liées à la qualité des emplois (excluant donc les dimensions liées aux caractéristiques socio-économiques des personnes) : (1) la certitude quant à la continuité du lien d'emploi; (2) le niveau de contrôle sur les conditions de travail; (3) le degré de protection et (4) le niveau de revenu¹⁵⁷. Bien que cette section ne s'adresse qu'aux facteurs qui relèvent du statut ou de la forme d'emploi, il faut rappeler que le concept de précarité relève d'une combinaison de plusieurs facteurs de deux natures différentes. Outre les facteurs qui ont trait au lien d'emploi, il y a ceux qui sont liés aux conditions socio-économiques des travailleurs impliqués.

Ainsi, la section qui suit expose les exclusions et les lacunes qui sont le fait de la loi et qui ont un impact négatif sur les quatre dimensions ci-haut mentionnées. Cet impact négatif permet de comprendre le lien qui existe entre cette inadéquation du droit et la précarisation du travail. En effet, toute disparité ou exclusion qui affecte les travailleurs atypiques relativement à ces dimensions peut contribuer à la précarisation de ces travailleurs, soit en affaiblissant leur capacité à contrôler leurs conditions de travail ou en fragilisant leur lien d'emploi. Ainsi, c'est le fait de priver certains travailleurs de protections généralement offertes par le droit aux autres travailleurs qui peut avoir un effet de précarisation.

Or, si plusieurs distinctions ou exclusions qui frappent les travailleurs atypiques apparaissent non-intentionnelles, la distinction entre travailleurs salariés et non salariés, fondamentale dans notre droit du travail, est évidemment intentionnelle. Nous regardons d'abord cette exclusion dont les effets sont particulièrement importants, dans le contexte de la montée du travail autonome¹⁵⁸. Il s'agit, en effet, aujourd'hui de la forme d'emploi atypique qui regroupe le plus grand nombre de travailleurs¹⁵⁹.

¹⁵⁷ G. RODGERS et J. RODGERS, préc., note 123.

¹⁵⁸ Depuis 1976, le travail autonome a augmenté significativement, malgré un plafonnement en 1999 et un recul par la suite. Au Canada, le travail autonome représentait 15% de l'emploi total en 2016. STATISTIQUE CANADA, *Tableau 282-0012 - Enquête sur la population active (EPA), estimations de l'emploi selon la catégorie de travailleur, le Système de classification des industries de l'Amérique du Nord (SCIAN) et le sexe, annuel (personnes)*, CANSIM, en ligne: <<http://www5.statcan.gc.ca/cansim/a47>> (consulté le 19 juillet 2016). J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 56; Judy FUDGE, « Self-employment, Women, and Precarious Work: The Scope of Labour

1.2.2.1. Le travail autonome

En effet, l'accessibilité aux divers régimes de protection sociale dépend, la plupart du temps, de l'appartenance au salariat. Bien que chaque loi possède sa propre définition du salarié (qui détermine la population visée par chaque régime, en excluant les autres travailleurs¹⁶⁰), cette notion est néanmoins interprétée de manière relativement uniforme dans l'état actuel du droit. Le *Code civil du Québec* reprend les trois composantes traditionnelles du contrat de travail dans la définition qu'en donne l'article 2085, soit l'engagement personnel, la subordination du travailleur au bénéficiaire de sa prestation et le versement d'une rémunération par ce dernier. Le salarié est par conséquent une personne qui « s'oblige [...] moyennant rémunération à effectuer un travail sous la direction ou le contrôle d'une autre personne, l'employeur ». Ainsi, c'est sur la base de cette notion de salarié que se détermine, notamment, l'accessibilité au régime des rapports collectifs du *Code du travail*¹⁶¹, aux régimes de normes du travail de la *Loi sur les normes du travail* (ci-après « *L.N.T.* »)¹⁶² et de la *Loi sur l'équité salariale* (ci-après « *L.E.S.* »)¹⁶³, aux régimes de protection du revenu de la *Loi sur les régimes complémentaires de retraites* (ci-après « *L.R.C.R.* »)¹⁶⁴ et de la *Loi sur l'assurance-emploi* (ci-après « *L.A.E.* »)¹⁶⁵ (sauf certaines exceptions dans ces deux derniers cas).

Étant-donné l'absence de définition juridique du travailleur autonome, celui-ci a principalement été envisagé en contraste avec les trois composantes classiques du contrat de travail, c'est-à-dire le lien de subordination, la rémunération et la prestation personnelle. Or, c'est surtout sur la base du critère de subordination que le travail autonome a été distingué du travail salarié (qui est subordonné). Cette distinction a conduit à la dichotomie essentielle du droit du travail qui identifie ceux qui en bénéficient et ceux qui en sont exclus, entre les ayants droit et les autres¹⁶⁶.

protection », dans *Precarious Work, Women and the New Economy. The Challenge to Legal Norms*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 201.

¹⁵⁹ L. CLOUTIER-VILLENEUVE, préc., note 143, 5.

¹⁶⁰ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 64; F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1 en ligne: <<http://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/8/191266329/>>.

¹⁶¹ *Code du travail*, RLRQ, c. C-27, art. 15.

¹⁶² *Loi sur les normes du travail*, préc., note 102.

¹⁶³ *Loi sur l'équité salariale*, RLRQ, c. E-12.001.

¹⁶⁴ *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, RLRQ, c. R-15.1.

¹⁶⁵ *Loi sur l'assurance-emploi*, L.C., c. 23, art. 7.

¹⁶⁶ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 146, p. 66.

À l'origine, l'absence du lien de subordination entre le travailleur autonome et son donneur d'ouvrage justifiait qu'il ne puisse bénéficier des mêmes protections que le travailleur subordonné et qu'il soit plutôt traité comme un contractant ordinaire, sous l'égide du droit commercial¹⁶⁷. La manière usuelle de reconnaître le travailleur autonome et d'identifier cette absence de subordination est de considérer un ensemble d'indices non exhaustifs, généralement évalués au cas par cas¹⁶⁸. Le travailleur autonome serait caractérisé « par un besoin d'autonomie élevé et un besoin modéré de pouvoir »¹⁶⁹, par le libre-choix des moyens d'exécution et d'organisation du travail, par le recours à ses propres outils et à ses propres équipements, etc.¹⁷⁰. Par ailleurs, au plan de la rémunération, le travailleur autonome supporterait les risques de profit et de perte découlant de son travail, à la différence du salarié qui reçoit un salaire¹⁷¹. Enfin, le travailleur autonome aurait aussi l'option d'engager des personnes pour l'aider ou pour faire le travail à sa place, parce qu'il ne serait pas débiteur d'une obligation d'exécution personnelle du travail¹⁷².

Ces dernières années, cependant, le travail autonome a connu des changements importants avec le déclin de l'emploi typique et, corrélativement, avec la diversification des modes d'organisation du travail, notamment avec l'extériorisation de plus en plus grande du travail¹⁷³. La recherche de flexibilité, la contractualisation du travail¹⁷⁴ et l'arrivée des nouvelles technologies de production et de l'information dont nous avons discutées plus haut, ont libéré « le travail humain de plusieurs de ces contraintes spatiales et temporelles », ce qui a permis l'arrivée de formes de travail décentralisées comme le télétravail ou le travail à domicile¹⁷⁵. Or, cette diversification dans l'organisation du travail a contribué à brouiller davantage la frontière entre le travail réellement indépendant et le travail dépendant. De plus en plus de travailleurs disposent, en apparence, d'une plus grande autonomie, tout en demeurant dépendants économiquement et

¹⁶⁷ F. MORIN, J.-Y. BRIERE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, en ligne: <<http://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/8/191266329/>>.

¹⁶⁸ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 78 et s.

¹⁶⁹ Gilles ROY, *Diagnostic sur le travail autonome-version synthèse*, Montréal, Direction des affaires publiques de la Société québécoise de développement de la main-d'oeuvre, 1997, p. 25.

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ *Gaston Breton inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999*, [1980] T.T. 471.

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ Alain SUPLOT (SOUS A DIRECTION DE), *Au-delà de l'emploi*, Nouvelle édition 2016.

¹⁷⁴ Le terme contractualisation du travail désigne le recours accru au contrat afin de définir les relations d'emplois, et ce, de préférence à loi.

¹⁷⁵ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 146, p. 57.

même juridiquement. En réalité, sous l'effet du travail précaire, de la progression du chômage et du glissement de nombreux emplois des grandes entreprises vers les petites et moyennes entreprises, le poids de la subordination continue à se faire sentir malgré une autonomie déclarée¹⁷⁶.

Ainsi, le portrait hautement hétérogène du travail autonome, plus particulièrement celui du travail autonome sans aide rémunérée, amène à se demander si l'exclusion de tous les travailleurs autonomes indistinctement de la protection des lois du travail est justifiée. Le travail autonome regroupe en effet des travailleurs des plus privilégiés aux plus appauvris, qui entretiennent une indépendance économique plus ou moins importante en fonction de la nature et de l'ampleur de leur clientèle, qui font partie de catégories professionnelles différentes et qui affichent différents niveaux de compétence, etc¹⁷⁷. Font notamment partie de ce groupe des travailleurs qui, autrefois, étaient des salariés assujettis aux lois sur le travail, mais qui ont été contraints par leur employeur de revêtir ce statut¹⁷⁸.

Certains engagent des employés, mais la majorité n'en ont pas. En effet, les travailleurs autonomes qui exercent seuls représentent près de 70% des travailleurs indépendants au Québec¹⁷⁹. Il s'agit également de la catégorie qui regroupe le plus grand nombre de travailleurs parmi les atypiques et celle qui a connu la plus forte croissance¹⁸⁰. Cette forme de travail autonome est, dans plusieurs cas, très proche du salariat, dont elle partage les attributs au plan de la dépendance économique à l'égard d'une clientèle restreinte, voire d'un client unique, et à l'égard du faible contrôle sur l'organisation du travail¹⁸¹. En ce qui a trait à la protection contre les risques sociaux et professionnels, tous n'ont pas les moyens de se payer ces protections¹⁸². En somme, tous ne sont pas réellement indépendants au sens où l'entend la loi bien que certains le sont.

Les réalités diverses invitent à réévaluer le stéréotype du travail autonome qui est, tel que les auteures Vosko et Zukewich le décrivent :

¹⁷⁶ A. SUPIOT (SOUS A DIRECTION DE), préc., note 173.

¹⁷⁷ Martine D'AMOURS et Stéphane CRESPO, « Les dimensions de l'hétérogénéité de la catégorie de travailleur indépendant sans employé: Éléments pour une typologie », (2004) 59-3 *Relat. Ind.* 459, 461, DOI : 10.7202/010921ar.

¹⁷⁸ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 146, p. 58.

¹⁷⁹ L. CLOUTIER-VILLENEUVE, préc., note 143; STATISTIQUE CANADA, préc., note 158.

¹⁸⁰ L. CLOUTIER-VILLENEUVE, préc., note 143, 2 et 4.

¹⁸¹ M. D'AMOURS et S. CRESPO, préc., note 177, 483.

¹⁸² *Id.*, 482 et 483.

[T]he self-employed profit-maximizing male business owner who owns his own tools and exhibits qualities of control over the production process that distinguish him from the typical wage worker¹⁸³.

Dans les faits, une forte proportion des travailleurs autonomes est caractérisée par un aspect ou l'autre de subordination. Prenons par exemple, la situation des responsables de services de garde en milieu familial (RSG) qui illustre bien « la rupture du compromis entre dépendance et sécurité explicitement consacrée, dans ce cas, par les politiques de l'État »¹⁸⁴. Bien que ces travailleuses (dont la forte majorité est des femmes) ressemblent en plusieurs points à des salariées : étant assujetties à un véritable contrôle de la part des CPE, à une multitude de règlements en matière d'hygiène et de sécurité et à un encadrement financier très restrictif (toute possibilité de profits et de perte étant très marginale)¹⁸⁵, etc.¹⁸⁶, celles-ci demeurent en marge du droit du travail car la loi refuse de les considérer comme des salariées¹⁸⁷. Aujourd'hui, la loi permet aux RSG de créer une association et d'exercer leur droit de négocier collectivement sur une base sectorielle tout en étant considérées comme des travailleuses autonomes¹⁸⁸. Il s'agit donc d'une situation qui « illustre l'externalisation des services de garde à la petite enfance vers la sphère du droit commercial »¹⁸⁹, ce qui signifie aussi l'externalisation des risques associés à cette activité vers les travailleuses.

La transformation et l'évolution du travail salarié a obligé à redéfinir le critère juridique de la subordination afin de l'assouplir¹⁹⁰. Pour tenir compte du large éventail des contextes dans lesquelles le travail salarié peut s'insérer, cette subordination se déduit désormais à partir d'un

¹⁸³ L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 135, p. 69.

¹⁸⁴ Stéphanie BERNSTEIN, Urwana COQUAUD, Marie-Josée DUPUIS, Laurence Léa FONTAINE, Lucie MORISSETTE, Esther PAQUET et Guylaine VALLÉE, « Les transformations des relations d'emploi: une sécurité compromise? », (2009) 6-1 *Regards Sur Trav.* 19-29, 23.

¹⁸⁵ En réalité, « les associations des RSG ont souligné que ces dernières sont rémunérées à rabais, gagnent un salaire inférieur au salaire minimum, et que les dépenses ne sont pas prises en compte dans la tarification du gouvernement. » D-17 RSG. Témoignage de Mme Tonnelier, 26 septembre 2007, p. 98 à 116. Cité dans *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, [2008] R.J.D.T. 1477, 38.

¹⁸⁶ *Centre de la petite enfance La Rose des Vents c. Alliance des intervenantes en milieu familial Laval, Laurentides, Lanaudière (C.S.Q.)*, [2003] R.J.D.T. 1193.

¹⁸⁷ Stéphanie BERNSTEIN, « Sector-based Collective Bargaining Regimes and Gender Segregation: A Case Study of Self-employed Home Childcare Workers in Quebec », dans *Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2012, p. 213.

¹⁸⁸ *Loi sur la représentation de certaines personnes responsables d'un service de garde en milieu familial et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant*, RLRQ, c. R-24.0.1; S. BERNSTEIN, préc., note 187.

¹⁸⁹ Stéphanie BERNSTEIN, « The Regulation of Paid Care Work in the Home in Quebec: From the Hearth to the Global Marketplace », dans *Precarious Work, Women and the New Economy. The Challenge to Legal Norms*, coll. Onati international series in law and society, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 223; S. BERNSTEIN et al., préc., note 184, 24.

¹⁹⁰ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 146, p. 68.

ensemble d'indices concrets qui s'évaluent globalement et dont aucun n'est décisif¹⁹¹. Est salariée la personne qui a simplement accepté un « cadre de travail » qui lui était imposé¹⁹². Le critère du contrôle, un des éléments clés pour établir la subordination juridique, a dû être revu pour tenir compte du fait que la latitude et l'autonomie ne sont plus l'apanage exclusif du travail indépendant¹⁹³. Ainsi, la « subordination [est] le fait d'être soumis à la puissance d'un autre », que celle-ci soit exercée ou non¹⁹⁴. Le « contrôle peut être celui d'une surveillance immédiate et quotidienne sur la façon d'exécuter le travail » comme il peut, à l'opposé, « comporter beaucoup de latitude, adaptée à la nature spéciale du travail à accomplir »¹⁹⁵.

Cette technique dite du « faisceau d'indices » a toutefois le désavantage de complexifier grandement la caractérisation du lien d'emploi. Par le fait même, cette caractérisation peut devenir une source d'incertitude pour la personne qui a un statut déguisé ou ambigu. L'examen global étant une question complexe, de l'aveu même des juges et des auteurs¹⁹⁶, les nombreuses personnes qui demeurent incertaines quant à leur statut le sont également quant à l'accès aux différents régimes censés apporter la sécurité pour le travailleur (régimes de rapports collectifs, des normes minimales, etc.). En effet, l'exclusion du travail autonome, dont les frontières s'avèrent incertaines, peut entraîner une confusion chez plusieurs travailleurs quant à leur statut et, conséquemment, quant à leurs droits¹⁹⁷.

D'autres critères ont été proposés afin d'élargir davantage le champ d'application du droit du travail, comme la dépendance économique (ou la subordination économique), la présomption de l'existence d'un contrat de travail (ou de normalité)¹⁹⁸, l'obligation d'exécuter personnellement le travail¹⁹⁹ ou l'intégration à l'entreprise d'autrui, et ont été juxtaposés au

¹⁹¹ *Gaston Breton inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999*, préc., note 171; *Centre de la petite enfance La Rose des Vents c. Alliance des intervenantes en milieu familial Laval, Laurentides, Lanaudière (C.S.Q.)*, préc., note 186.

¹⁹² P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 146, p. 68.

¹⁹³ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 80.

¹⁹⁴ *Brossard (Ville de) et Syndicat des employés de la ville de Brossard (C.S.N.)*, [1990] T.T. 337, 381.

¹⁹⁵ *Centre de la petite enfance La Rose des Vents c. Alliance des intervenantes en milieu familial Laval, Laurentides, Lanaudière (C.S.Q.)*, préc., note 186, 21.

¹⁹⁶ *Brossard (Ville de) et Syndicat des employés de la ville de Brossard (C.S.N.)*, préc., note 194, 365.

¹⁹⁷ S. BERNSTEIN, K. LIPPEL, E. TUCKER et L. F. VOSKO, préc., note 147, p. 214 et 215.

¹⁹⁸ *Brossard (Ville de) et Syndicat des employés de la ville de Brossard (C.S.N.)*, préc., note 194.

¹⁹⁹ *Gaston Breton inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999*, préc., note 171.

critère de la subordination juridique²⁰⁰. Or, aucun de ces critères ne semble faire consensus pour le moment, ce qui contribue aussi à l'incertitude.

Malgré des répercussions importantes sur les droits dont le salarié peut bénéficier, un employeur est en droit de métamorphoser, unilatéralement, le statut juridique d'un salarié, jusqu'alors représenté par un syndicat et assujéti à une convention collective, afin de le qualifier « d'entrepreneur non salarié »²⁰¹. La *L.N.T.* reconnaît toutefois l'importance de la question du statut pour le travailleur, en lui offrant un recours auprès de la Commission des normes, de l'équité, de la santé et de la sécurité du travail (ci-après « CNESST ») pour contester le changement de statut dont il fait l'objet²⁰². Afin d'exercer ce recours, il faut toutefois supposer l'aide de la Commission puisque, sans celle-ci, soit le travailleur risque d'ignorer ce droit soit celui-ci risque de ne pas disposer des moyens financiers afin de l'exercer.

En somme, l'exclusion générale de la catégorie des travailleurs autonomes des lois du travail, et ce, malgré la grande hétérogénéité qui la compose, a des conséquences importantes sur plusieurs d'entre eux. Suivant ce constat, l'État peut soit décider de réévaluer les frontières du salariat, afin de requalifier le « faux » travail indépendant en emploi salarié, soit réévaluer la manière dont sont distribuées les protections associées au travail, en créant un nouveau statut de travailleurs²⁰³. L'objectif devrait être d'éviter l'expulsion, hors du champ d'application du droit du travail, de personnes qui seraient alors privées de toute autre protection, sans autre statut professionnel²⁰⁴. Le professeur Arthurs soulignait d'ailleurs à ce sujet que « ce ne sont pas seulement les travailleurs vulnérables qui ont besoin de protection, mais une proportion croissante de la population active »²⁰⁵, y incluant les travailleurs autonomes.

²⁰⁰ Alain SUPLOT, *Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe: rapport pour la Commission des communautés européennes avec la collaboration de l'Université Carlos III de Madrid*, Paris, Flammarion, 1999.

²⁰¹ Il doit néanmoins en prévenir l'association de salariés concernée au moyen d'un avis écrit comportant une description de ces changements. L'association a alors 30 jours pour demander au Tribunal de se prononcer sur les conséquences de ces changements sur le statut du salarié. *Code du travail*, art. 20.0.1; F. MORIN, J.-Y. BRIERE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, en ligne: <<http://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/8/191266329/>>.

²⁰² *Loi sur les normes du travail*, art. 86.1; *Id.*, en ligne: <<http://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/8/191266329/>>.

²⁰³ J. FUDGE, préc., note 158, p. 201 et 221.

²⁰⁴ A. SUPLOT, préc., note 200.

²⁰⁵ COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, préc., note 4, p. 259.

1.2.2.2. Exclusions en lien avec les dimensions de précarité

Voyons maintenant les lacunes ou les exclusions qui affectent le reste des travailleurs atypiques, à savoir les salariés qui sont couverts par les lois du travail mais qui, en raison de certaines caractéristiques, ne peuvent bénéficier de la même protection que les autres. Rappelons que nous portons notre attention, plus précisément, sur les lacunes ou les exclusions qui touchent aux différentes dimensions de la précarité en emploi, soit la continuité du lien d'emploi, le niveau de contrôle sur les conditions de travail ainsi que le degré de protection sociale et le niveau de revenu.

La continuité du lien d'emploi

Au Québec, les principaux mécanismes de protection du maintien en emploi se trouvent dans la *L.N.T.* Cette loi n'en a toutefois pas l'exclusivité, la *L.S.S.T.*²⁰⁶ et la *L.A.T.M.P.*²⁰⁷ prévoyant elles aussi des recours qui visent à protéger le maintien en emploi. Comme ces lois s'appliquent à l'ensemble des salariés, elles ont pour effet de protéger la très grande majorité des travailleurs en situation de travail non traditionnelle. Malgré cela, celles-ci n'offrent pas la même protection à tous. En effet, la protection offerte dépend de conditions qui sont plus difficiles à remplir par certains travailleurs atypiques ou les remèdes disponibles ne sont pas adaptés à leur situation²⁰⁸. En premier lieu, les principaux mécanismes de protection du lien d'emploi seront identifiés et, en deuxième lieu, il sera démontré que ces mécanismes sont mal adaptés à la situation des travailleurs atypiques.

La *L.N.T.* contient certains mécanismes qui visent à protéger le lien d'emploi ou d'en assurer la continuité. Une première mesure est la norme qui impose à l'employeur de donner un avis écrit avant de mettre fin à l'emploi d'un travailleur ou de le mettre à pied pour plus de 6 mois²⁰⁹. L'objectif principal de ce mécanisme est d'atténuer les effets d'une perte d'emploi en consentant au salarié un certain délai afin de se trouver un nouvel emploi²¹⁰. La durée de cet avis varie entre une et 8 semaines en fonction de la durée du service continu.

²⁰⁶ *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, RLRQ, c. S-2.1.

²⁰⁷ *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, RLRQ, c. A-3.001.

²⁰⁸ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 138.

²⁰⁹ *Loi sur les normes du travail*, préc., note 102, art. 82.

²¹⁰ *Québec (Commission des normes du travail) c. Asphalte Desjardins*, 2 R.C.S. 514.

Une deuxième mesure, la plus importante, permet de contester un congédiement fait sans cause juste et suffisante par l'employeur²¹¹. En vertu de ce recours, le salarié congédié peut contraindre l'employeur à justifier sa décision, soit de démontrer le caractère juste et suffisant de ses motifs. Ainsi, ce recours à l'encontre d'un congédiement injustifié écarte la conception civiliste classique voulant que l'exécution forcée du contrat de travail soit impossible en raison de son caractère personnel²¹².

Le caractère juste et suffisant de la cause invoquée par l'employeur doit être analysé avec souplesse et pragmatisme par le tribunal²¹³ qui regarde si le congédiement résulte de circonstances intrinsèques ou extrinsèques au salarié. Les circonstances intrinsèques découlent d'un manquement imputable directement au salarié comme par exemple de son incapacité à exécuter adéquatement sa prestation de travail (incompétence, retard, maladie, etc.). Pour que ce manquement puisse constituer une cause juste et suffisante, il faut par ailleurs qu'il existe une relation de proportionnalité entre celui-ci et la sanction ultime que représente le congédiement. Est alors considéré un ensemble de critères dont le contexte dans lequel est survenu l'acte reproché, la préméditation de l'acte, ses conséquences, les années de service du salarié, la nature du poste, son dossier disciplinaire et son attitude. L'employeur doit, de plus, avoir respecté le principe de la gradation des sanctions, c'est-à-dire que l'application des mesures disciplinaires soit graduelle de telle manière que le salarié disposait d'avertissements préalables suffisants, le congédiement constituant l'ultime sanction²¹⁴.

Les circonstances extrinsèques quant à elles ne résultent d'aucun manquement ou acte répréhensible de la part du salarié. L'employeur pourrait justifier le congédiement par une réorganisation de l'entreprise ou par des contraintes économiques. Le tribunal doit alors se limiter à vérifier la véracité du motif allégué, sa raisonnable et la qualité de la relation causale entre ce motif et le congédiement²¹⁵.

Une troisième mesure visant à protéger la continuité du lien d'emploi est le recours ouvert au salarié victime d'un congédiement pour un motif interdit par la loi. Ce recours vise tout acte de représailles, comme le congédiement, le non-renouvellement d'un contrat, le retrait d'une liste de rappel ou la diminution des heures de travail imposé par l'employeur en raison de l'exercice

²¹¹ *Loi sur les normes du travail*, préc., note 102, art. 124.

²¹² F. MORIN, J.-Y. BRIERE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, section 1.5.

²¹³ C'est le Tribunal administratif du travail qui est le tribunal compétent en cette matière.

²¹⁴ F. MORIN, J.-Y. BRIERE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1.

²¹⁵ *Id.*

d'un droit résultant de la *L.N.T* ou pour tout autre motif énuméré à l'article 122 *L.N.T*. Par exemple, il est interdit à l'employeur de congédier une salariée pour la raison qu'elle est enceinte, dans le but d'éluder l'application de la loi, pour la raison que le salarié a atteint l'âge de la retraite²¹⁶ ou en raison de la tenue d'une enquête de la CNESST, etc.

Finalement, la *L.N.T* peut avoir un effet sur la continuité d'emploi de par les remèdes qu'elle impose en cas de congédiement fait sans cause juste et suffisante ou du congédiement pour un motif interdit par la loi. En effet, comme déjà mentionné, le recours en vertu de l'article 124 de la *L.N.T* peut mener à la réintégration du salarié dans l'emploi perdu, au versement d'une indemnité pour compenser la perte de salaire depuis le congédiement ou d'une indemnité de fin d'emploi²¹⁷. À la différence, le remède habituellement appliqué en cas de congédiement pour un motif interdit est la réintégration du salarié avec le versement d'une indemnité compensant le salaire perdu²¹⁸. Le tribunal ne dispose dans ce cas d'aucune discrétion afin de substituer à ces mesures toute autre décision qui lui paraît juste et raisonnable selon les circonstances²¹⁹ comme par exemple d'ordonner une indemnité de fin d'emploi calculée sur la base du nombre d'années de service continu plutôt que la réintégration.

Par ailleurs, certaines mesures visent à protéger le lien d'emploi par le droit de retour au travail du salarié et prévoient l'obligation correspondante de l'employeur de le réintégrer à la fin de ces congés²²⁰. Ce droit est non seulement prévu dans la *L.N.T*, à la fin d'un congé de maternité ou d'un congé parental, mais également dans la *L.S.S.T* pour un salarié ayant bénéficié d'un retrait préventif du travail²²¹ et, finalement, dans la *L.A.T.M.P* pour les travailleurs victimes d'une lésion professionnelle redevenant capables d'exercer leur emploi²²².

Or, ces différentes mesures, qui se destinent à la protection de la continuité du lien d'emploi, semblent être moins efficaces lorsqu'appliquées aux salariés atypiques. En effet, les mécanismes décrits ci-dessus sont inadaptés à la situation des travailleurs atypiques et cette inadaptation se révèle de deux manières. Premièrement, les conditions qui donnent accès à ces mécanismes sont plus difficilement réunies pour les travailleurs atypiques et, deuxièmement, les remèdes qui y sont liés sont moins avantageux pour ceux-ci.

²¹⁶ *Loi sur les normes du travail*, préc., note 102, art. 122.1.

²¹⁷ *Id.*, art. 128.

²¹⁸ *Id.*, art. 123; *Code du travail*, préc., note 161, art. 15 ; J. BERNIER, G. VALLEE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 151.

²¹⁹ *Loi sur les normes du travail*, préc., note 102, art. 128.

²²⁰ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 152.

²²¹ *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, préc., note 206, art. 38, al. 2; art. 43, al. 2; art. 48.

²²² *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, préc., note 207, art. 236 .

Les travailleurs atypiques sont désavantagés en premier lieu par les conditions qui donnent accès à ces différents normes et recours. En effet, cet accès dépend très souvent d'une durée de service continu dans l'emploi. C'est le cas tout d'abord de l'avis de cessation d'emploi, une norme qui ne bénéficie qu'aux salariés dont la durée du service continu excède trois mois. Qui plus est, lorsque ces conditions sont respectées, la durée du préavis (ou le montant de l'indemnité compensatrice) dépend de la durée du service continu du salarié, ce qui désavantage les salariés en situation de travail non traditionnelle, dont la durée d'emploi est, en général, plus courte. Cette norme n'est pas non plus applicable au salarié dont le contrat arrive à échéance et qui peut, du jour au lendemain, apprendre que son contrat n'est pas renouvelé. Cette condition du service continu est également la clé qui donne accès au recours à l'encontre d'un congédiement sans cause juste et suffisante, celui-ci étant ouvert aux salariés dont la durée du service continu dépasse deux ans.

La notion de service continu est définie par la loi de la manière suivante :

La durée ininterrompue pendant laquelle le salarié est lié à l'employeur par un contrat de travail, même si l'exécution de ce travail a été interrompue sans qu'il y ait résiliation du contrat, et la période pendant laquelle se succèdent des contrats à durée déterminée sans une interruption qui, dans les circonstances, permette de conclure à un non-renouvellement de contrat.²²³

Cette notion repose donc sur la durée du lien d'emploi et non sur la durée des périodes de travail effectives, ce qui signifie que son cumul n'est pas affecté par le fait qu'un horaire soit à temps partiel²²⁴. Les travailleurs dont la prestation de travail est irrégulière, ainsi que les travailleurs remplaçants ou occasionnels, ne rencontrent toutefois généralement pas les critères requis pour être considérés avoir offert un service continu. Pour ce qui est de ces travailleurs, « la jurisprudence semble considérer que la fin de la prestation correspond à la fin du lien d'emploi avec l'employeur »²²⁵, et cela même si leur nom demeure inscrit sur une liste de disponibilité sans droit de priorité ou de rappel. La difficulté est particulièrement importante pour les salariés qui cumulent des emplois de courte durée auprès d'employeurs différents ou encore pour ceux qui travaillent pour une agence de placement temporaire non reconnue à titre d'employeur, puisque le calcul du service continu repose sur le lien d'emploi avec un seul employeur. Pour ces

²²³ *Loi sur les normes du travail*, préc., note 102, art. 1, paragr. 12. .

²²⁴ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 139.

²²⁵ *Id.*, p. 139 et 140.

salariés, l'atteinte des deux années de service continu pour avoir accès au recours contre un congédiement sans cause juste et suffisante pose plus de difficulté. En somme, en raison de l'irrégularité de leur prestation de travail, plusieurs travailleurs atypiques sont désavantagés par cette condition et ont, par conséquent, un accès limité aux mesures prévues par la loi afin de favoriser la continuité du lien d'emploi²²⁶.

Les travailleurs atypiques sont désavantagés, en deuxième lieu, par les remèdes qui sont appliqués à l'issu de certains recours. Même si le travailleur atypique réussit à cumuler la durée de service continu pour exercer le recours, les mesures réparatrices prévues par la loi peuvent être inadaptées à sa situation. En effet, certains recours visant à protéger le lien d'emploi peuvent conduire à la réintégration forcée du salarié dans son emploi ou à un droit de retour au travail à la suite de certaines absences. C'est le cas de recours prévus en vertu de la *L.N.T.*, de la *L.S.S.T.* et de la *L.A.T.M.P.*

Or, la réintégration en emploi est une solution inappropriée pour plusieurs salariés atypiques.²²⁷ C'est notamment le cas pour le travailleur à contrat à durée déterminée si la réintégration est ordonnée alors que le terme du contrat est imminent, ou encore expiré. En effet, le contrat à durée déterminée peut être résilié à l'arrivée de son terme sans que l'employeur n'ait à justifier sa décision. Dans cette éventualité, la réintégration pourrait alors être éphémère.

Pour la même raison, le droit de retour au travail peut être plus limité pour les travailleurs à durée déterminée après un congé de maternité ou un congé parental (*L.N.T.*), après un retrait préventif (*L.S.S.T.*) ou après un congé dû à une lésion professionnelle (*L.A.T.M.P.*). Au surplus, le droit de retour au travail n'est possible pour le travailleur victime d'une lésion professionnelle que s'il redevient capable d'exercer son emploi avant le terme de ce contrat de travail. Ainsi, il est possible que le travailleur dont le contrat est à durée déterminée ne redevienne capable d'exercer son emploi qu'après l'arrivée du terme de son contrat de travail. Dans l'éventualité contraire, c'est-à-dire si la capacité à exercer l'emploi survient avant la fin du contrat de travail, le droit à la réintégration dans l'emploi ne vaudrait que pour la durée restante du contrat²²⁸. L'employeur pourrait alors y mettre fin dès l'arrivée du terme. En ce qui a trait aux deux autres

²²⁶ F. MORIN, J.-Y. BRIERE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, p. 1752.

²²⁷ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 150.

²²⁸ *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, préc., note 207, art. 237.

lois, il faut aussi conclure que les prestations afférentes à ces congés et le droit de retour au travail prennent fin à la date où le contrat à durée déterminée se termine²²⁹.

Ainsi, la loi occasionne des difficultés supplémentaires pour les travailleurs atypiques, en particulier pour ceux dont la durée d'emploi est déterminée et dont le lien d'emploi est marqué par l'instabilité.

Certains opposeront qu'il est justifié que les emplois à durée déterminée soient moins stables puisque cette forme d'emploi a été conçue afin d'octroyer davantage de souplesse à l'employeur et au salarié. Il arrive cependant que le contrat à durée déterminée soit renouvelé successivement et selon les mêmes termes, bien souvent dans le but d'éluder l'application de la loi²³⁰. Cette situation a obligé la jurisprudence à s'adapter afin de reconnaître, dans certaines circonstances, le non-renouvellement d'un contrat à durée déterminée, le non-rappel au travail et le retrait d'une priorité sur une liste de rappel comme des congédiements ou des pratiques interdites²³¹. Il est toutefois peu probable que ces exceptions jurisprudentielles découragent les recours abusifs à ce type de contrat. En effet, il demeure à la charge du travailleur de démontrer que malgré la durée apparemment limitée du contrat, le renouvellement successif et ininterrompu indique, en réalité, une relation contractuelle à durée indéterminée ou la transformation du rapport d'emploi en une telle relation. Le travailleur doit ainsi s'astreindre à l'exercice de qualifier la véritable nature de sa relation d'emploi et d'établir la véritable intention des parties à la lumière de l'ensemble des faits. Or, cette démarche au cas par cas peut s'avérer complexe et son issue incertaine. Augmenter les coûts liés au contrat à durée déterminée ou prévoir un nombre de renouvellements maximal²³² sont des exemples de mesures qui pourraient être mises en place afin d'assurer que les travailleurs à durée déterminée bénéficient d'une protection légale comparable aux autres travailleurs et de conditions qui sont décentes, malgré la durée plus courte du lien d'emploi²³³.

²²⁹ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 154.

²³⁰ S. BERNSTEIN, K. LIPPEL, E. TUCKER et L. F. VOSKO, préc., note 147, p. 214.

²³¹ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 78, p. 149 et 150. Voir, à titre d'exemple, *Commission des normes du travail c. IEC Holden Inc.*, 2014 QCCA 1538.

²³² J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 310 et s.

²³³ À l'exemple de la Directive du Conseil de l'Union européenne portant sur le travail à durée déterminée qui impose notamment aux États d'introduire des mesures légales afin de prévenir les abus, soit en exigeant que des raisons objectives justifient le non-renouvellement de tels contrats, en imposant une durée maximale totale de contrats à durée déterminée successifs ou un nombre de renouvellements maximal : *Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée*, Journal officiel n° L 175 du 10/07/1999 p. 0043 – 004.

Niveau de contrôle sur les conditions de travail

Le niveau de contrôle sur les conditions de travail, qu'il soit individuel ou collectif, est une deuxième dimension permettant d'évaluer la précarité d'un emploi. Quels sont les mécanismes législatifs qui permettent aux travailleurs d'avoir un certain contrôle sur leurs conditions de travail? Dans l'état actuel du droit, il est clair que ce contrôle sur les conditions de travail s'exerce d'abord par la voie collective. Sinon, les rapports individuels entre l'employeur et le salarié étant privés, la liberté contractuelle dicte que ces deux parties soient les seules à déterminer le contenu du contrat qui les lie (à condition de respecter les garanties minimales). Cette section traite, premièrement, de l'organisation collective du travail comme moyen de contrôler les conditions de travail et, deuxièmement, de l'exemple d'une norme du travail qui peut permettre un meilleur contrôle sur le temps de travail, mais qui s'applique plus difficilement à certains travailleurs atypiques.

Le *Code du travail* constitue la principale loi encadrant les rapports collectifs du travail au Québec. Cette loi réussit-elle à offrir un niveau de protection équivalent aux travailleurs en situation de travail non traditionnelle en ce qui a trait à la liberté d'association et au droit de négocier collectivement? Au Québec, le régime des rapports collectifs a été articulé autour de quelques règles fondamentales qui visent à assurer à tout salarié le droit d'appartenir à une association de salariés de son choix ainsi que le droit de participer à la formation de cette association, à ses activités et à son administration et à mettre en place un mécanisme favorisant la négociation collective. À cette fin, un monopole de représentation est octroyé à l'association accréditée afin qu'elle représente tous les salariés compris dans une unité de négociation donnée. L'employeur est de plus obligé de reconnaître le syndicat accrédité et les parties doivent s'engager dans un processus de négociation, gouverné par la bonne foi et qui vise la conclusion d'une convention collective. Finalement, les moyens de pression tels que la grève ou le lock-out sont permis, mais seulement en l'absence d'une convention collective en vigueur²³⁴.

À première vue, ces principes de base ne semblent pas désavantager les travailleurs atypiques. Ces principes ont cependant été conçus pour s'appliquer dans un contexte d'organisation du travail caractérisé par des communautés de travailleurs uniformes et solidaires. Ce contexte qui prévalait dans la société fordiste est toutefois différent du contexte actuel,

²³⁴ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 164.

marqué par la diversification des formes d'emploi. Comment cette inadaptation se manifeste-t-elle de façon concrète ?

Tout d'abord, le monopole de représentation, qui est à la base de l'aménagement des rapports collectifs du travail, est octroyé à l'association accréditée pour une unité de négociation donnée. Afin d'assurer le caractère approprié de cette unité de négociation, certaines règles s'appliquent, dont l'une des plus importantes interdit de regrouper des salariés de plus d'un employeur au sein d'une même unité de négociation²³⁵. Pour cette raison, il serait impossible pour un syndicat de représenter, par exemple, l'ensemble des salariés temporaires d'un secteur en particulier, comme par exemple les infirmières en milieu hospitalier. Conséquemment, les salariés qui œuvrent pour des employeurs différents simultanément ou successivement (c'est le cas pour plusieurs salariés à temps partiel, occasionnels, à durée déterminée, etc.) sont moins nombreux à profiter d'une représentation syndicale adéquate²³⁶. Dans les meilleurs cas, ces travailleurs ne réussissent qu'à s'intégrer temporairement à des unités d'accréditation différentes, « au fil de leur cheminement professionnel pour des employeurs distincts »²³⁷. La courte durée de leur adhésion peut occasionner un désinvestissement de leur part et leur réalité propre risque alors de ne pas être aussi bien prise en compte par leur association et leurs intérêts moins bien représentés.

Pour les salariés qui proviennent d'agences de placement temporaires, l'obstacle peut provenir plutôt de la difficulté d'identifier qui est le véritable employeur, entre l'agence et l'entreprise-cliente. En effet, pour savoir si une personne qui s'insère dans une entreprise-cliente par le biais d'une agence de placement temporaire (souvent pour exécuter les mêmes tâches que les employés réguliers) est couverte par la convention collective, il faut s'en remettre à l'approche globale adoptée par la Cour suprême du Canada et décrite dans l'arrêt *Ville de Pointe-Claire*²³⁸. Selon cette approche, il faut regarder qui de l'entreprise-cliente ou de l'agence exerce « le contrôle sur les prestations de travail quotidiennes (directives quant à l'exécution du travail quotidien) et les conditions de travail générales (horaires de travail, congés, repas, jours fériés) », en plus de considérer une série d'autres facteurs tels que la rémunération, la discipline, le sentiment d'intégration à l'entreprise, etc.

²³⁵ *Code du travail*, préc., note 161, art. 21.

²³⁶ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 166.

²³⁷ *Id.*

²³⁸ *Ville de Pointe-Claire c. Syndicat des employés professionnels-les et de bureau, section locale 57*, 1 R.C.S. 1015, 1049.

Bien que la Cour suprême veuille, par cette approche globale, rester fidèle à l'esprit du *Code du travail* qui est d'assurer que les personnes qui exécutent le même travail dans un même lieu soient traitées équitablement en reconnaissant généralement l'entreprise-cliente comme l'employeur²³⁹, cette approche peut mener à des incongruités. Entre autres, en cherchant « à identifier et isoler dans la relation tripartite le segment bipartite qui correspond, au plus près possible, au modèle classique (et toujours prédominant) de la relation directe employeur salarié », l'on ne reconnaît qu'une seule partie à titre de véritable employeur alors qu'en réalité, deux parties peuvent se partager les attributs usuels de l'employeur²⁴⁰. Outre l'occultation de responsabilité que cette approche peut entraîner, sur le plan des rapports collectifs, celle-ci peut avoir pour conséquence que la représentation ne s'effectue pas nécessairement à l'égard de l'entreprise ou des entreprises qui constituent le réel centre décisionnel, mais seulement auprès de celle qui exerce le contrôle le plus immédiat sur les conditions de travail. Ainsi, avec la fragmentation, voire la dilution du contrôle dans l'entreprise-réseau, vient aussi la diminution de « la force patrimoniale de l'employeur unitaire par rapport à une même entreprise réelle pour garantir l'exécution des obligations de rapports de travail qui se rattachent à l'ensemble de cette activité organisée²⁴¹ ».

D'autres difficultés peuvent provenir de la décision d'inclure ou non les salariés atypiques dans les unités de négociation composées de salariés typiques. Lorsqu'ils en sont exclus, comme cela est souvent le cas pour les salariés occasionnels ou temporaires (malgré le principe qui veut qu'ils ne soient exclus que si la preuve démontre qu'ils forment un groupe distinct)²⁴², la voie d'accès à la syndicalisation leur est pratiquement fermée. En effet, s'ils tentent de se syndiquer, sur la base d'une unité de négociation constituée uniquement ou en majorité de salariés atypiques, les difficultés particulières qu'ils auront à rencontrer risquent de saper leurs efforts visant à établir une représentation syndicale stable²⁴³. Ces difficultés tiennent principalement au fait qu'un fort roulement de personnel, et donc l'absence de perspective à long terme, incite très peu à s'investir afin d'améliorer ses conditions au moyen de la négociation collective, celle-ci

²³⁹ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 167.

²⁴⁰ Marie-France BICH, « De quelques idées imparfaites et tortueuses sur l'intermédiation du travail », dans *Développements récents en droit du travail*, coll. Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 257 à 337.

²⁴¹ P. VERGE et Sophie DUFOUR, *Configuration diversifiée de l'entreprise et droit du travail*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2003, p. 22.

²⁴² J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 168.

²⁴³ *Id.*, p. 169.

ayant des visées prospectives. Par conséquent, la solidarité nécessaire à la syndicalisation est plus difficile à établir, ce qui accroît d'autant plus la fragmentation des environnements de travail.

Lorsque les salariés en situation de travail non traditionnelle sont, au contraire, inclus dans l'unité de négociation auprès des autres salariés, ce qui est normalement le cas pour les salariés réguliers à temps partiel, rien n'interdit qu'au terme de la négociation entre le syndicat accrédité et l'employeur, la convention collective contienne des clauses établissant des catégories différentes de salariés aux fins de l'octroi des avantages²⁴⁴. Ces clauses de disparité de traitement sont effectivement présentes dans un grand nombre de conventions collectives où elles ont pour effet de limiter l'accès aux avantages pour les travailleurs suivant qu'ils sont considérés comme « réguliers », « permanents », « à contrat », « temporaires » ou « à temps partiel »²⁴⁵. Ces clauses de disparité de traitement peuvent d'autant plus se rencontrer qu'aucune loi ne les prohibe explicitement²⁴⁶.

En effet, la *L.N.T.* balise, partiellement, la négociation des clauses de disparité de traitement en prohibant celles fondées sur la date d'embauche. Il s'agit cependant du seul facteur de distinction prohibé²⁴⁷. En outre, la *L.N.T.* interdit à l'employeur d'accorder aux salariés à temps partiel, un taux de salaire inférieur, un congé annuel ou une indemnité de congé moindres que ceux accordés aux autres salariés effectuant les mêmes tâches, dans le même établissement pour le seul motif qu'ils travaillent à temps partiel²⁴⁸. L'impact de cette règle d'égalité de traitement, qui s'applique également au contenu des conventions collectives, demeure toutefois limité puisqu'elle ne vise que les travailleurs à temps partiel, et seulement ceux qui gagnent un salaire égal ou inférieur au double du salaire minimum. Par conséquent, ni les salariés occasionnels ni les travailleurs provenant d'agences de placement temporaire ne sont protégés par cette interdiction de disparité de traitement²⁴⁹. Par ailleurs, ces deux interdictions ne visent qu'un nombre limité d'avantages, excluant, entre autres, les avantages sociaux (régimes de retraite,

²⁴⁴ *Id.*, p. 168 à 171.

²⁴⁵ S. BERNSTEIN, M.-J. DUPUIS et G. VALLÉE, préc., note 128, p. 395; Jean BERNIER et Guylaine VALLÉE, « Pluralité des situations de travail salarié et égalité de traitement en droit du travail québécois », dans *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Études offertes à Jean Pélissier, Paris, Dalloz, 2004, p. 69 à 91, p. 84 et 85.

²⁴⁶ S. BERNSTEIN et al., préc., note 184, 21.

²⁴⁷ *Loi sur les normes du travail*, préc., note 102, p. 87.1. Voir également: Dalia GESUALDI-FECTEAU et Michel LIZÉE, « L'interdiction des disparités de traitement: état des lieux et détour prospectif », dans *Développements récents en droit du travail*, 348, Cowansville, Yvon Blais, 2012, p. 249 à 304.

²⁴⁸ *Loi sur les normes du travail*, préc., note 102, art. 41.1 et 74.1.

²⁴⁹ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 146.

congés sociaux) même si ceux-ci peuvent constituer une part importante de la rémunération globale²⁵⁰.

Cette lacune se répercute ainsi sur l'inclusion de ces clauses de disparité de traitement dans les conventions collectives, et des salariés qui effectuent un même travail pour un même employeur pourront alors avoir un accès différencié aux avantages offerts suivant la forme de leur emploi²⁵¹. En effet, en matière de rémunération, une étude effectuée en 2007 sur un échantillon de 156 conventions collectives contenant des dispositions particulières visant les salariés atypiques²⁵² constatait que des disparités salariales étaient négociées dans 49% des conventions étudiées²⁵³. Ce constat peut ainsi représenter un facteur d'explication parmi d'autres de l'écart salarial horaire entre les salariés permanents et les salariés temporaires, écart qui est de l'ordre de 16%²⁵⁴. En outre, ces clauses de disparité de traitement visent souvent l'accès aux avantages sociaux, notamment en matière d'assurances sociales et de régimes de retraite complémentaires, alors que 77% des conventions étudiées excluaient les travailleurs atypiques de certains bénéfices²⁵⁵. En ce qui a trait à l'accès à la procédure de grief, 33% des conventions étudiées contenaient des clauses excluant certaines catégories de salariés de l'accès au grief, ces exclusions pouvant être partielles (20%) ou totales (13%). Finalement, en ce qui a trait au calcul de l'ancienneté, 93% des conventions examinées instaurent des disparités concernant le cumul de l'ancienneté (60%), son application (87%) ou sa conversion lorsque le salarié atypique accède à un emploi permanent (37%)²⁵⁶. Considérant le rôle central de la procédure de grief et du cumul de l'ancienneté pour assurer la sécurité d'emploi des salariés syndiqués, il est clair que ces exclusions qui touchent les salariés atypiques peuvent jouer un rôle important dans la précarité.

La *L.N.T.* permet aussi au travailleur d'exercer un certain contrôle sur les conditions de travail. Ce contrôle est cependant limité, car il prend la forme de garanties minimales et non de garanties procédurales. Les paragraphes qui suivent abordent la question de l'aménagement du temps de travail qui est un enjeu important du contrôle, exercé par le travailleur, sur ses conditions de travail. Or, pour certains travailleurs atypiques, ce contrôle semble s'effriter. Nous

²⁵⁰ Jean BERNIER (dir.), *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 146 et 147.

²⁵¹ J. BERNIER et G. VALLEE, préc., note 245.

²⁵² Ces conventions collectives avaient été négociées dans l'hôtellerie, la restauration, l'alimentation, le commerce de détail, le secteur manufacturier et le secteur municipal.

²⁵³ Jean BERNIER, « Les conventions collectives et les emplois atypiques », 4-1 *Regards Sur Trav.* 2 à 17, 9 et 10.

²⁵⁴ S. BERNSTEIN et al., préc., note 184, 20.

²⁵⁵ J. BERNIER, préc., note 253, 10 et 11.

²⁵⁶ *Id.*, 7 et 9.

exposons ci-après les règles qui traitent de l'aménagement du temps de travail et les conditions sous lesquelles un travailleur peut refuser de travailler au-delà de son horaire habituel malgré l'obligation de disponibilité qui lui incombe.

Tout d'abord, la loi aménage le temps de travail en établissant une semaine normale de travail, fixée à 40 heures, étalées sur une période de sept jours consécutifs²⁵⁷. Cette norme n'est établie qu'aux fins du calcul des heures supplémentaires (qui donnera droit à la majoration du salaire horaire ou au congé compensatoire)²⁵⁸. Elle ne limite toutefois que peu l'obligation de disponibilité du salarié à l'extérieur de ses heures régulières de travail²⁵⁹. En effet, le salarié est débiteur d'une obligation de disponibilité qui découle du contrat de travail et qui donne un droit de gérance très étendu à l'employeur en vertu duquel le salarié est tenu d'exécuter son travail avec diligence, conformément aux directives de l'employeur²⁶⁰.

Malgré certaines balises prévues par la loi, ce droit de l'employeur d'exiger d'un salarié qu'il travaille en dehors de son horaire habituel demeure étendu et, en revanche, le droit du salarié de refuser demeure limité. Ainsi, un salarié ne peut refuser de travailler en dehors de ses heures habituelles de travail à moins que ce refus ne soit justifié par des obligations familiales²⁶¹. Il doit, le cas échéant, avoir pris tous les moyens raisonnables à sa disposition afin d'assumer autrement ces obligations²⁶². Les travailleurs peuvent néanmoins refuser de travailler plus de quatre heures au-delà de leurs heures habituelles quotidiennes de travail ou plus de 14 heures de travail par période de 24 heures, selon la période la plus courte sans avoir à fournir de motifs précis de refus²⁶³. Ils peuvent également refuser de travailler plus de 50 heures par semaine²⁶⁴.

Pour certains travailleurs atypiques toutefois, cette possibilité de refuser est encore plus limitée. En effet, ces balises temporelles ont été conçues pour s'appliquer aux salariés qui disposent d'un horaire habituel de travail à temps plein. Ainsi, pour les travailleurs à temps partiel, ce droit de refus s'exerce plus difficilement, même s'ils ont un horaire régulier, puisqu'en travaillant moins d'heures, la période de temps où ils peuvent être appelés à travailler peut être

²⁵⁷ *Loi sur les normes du travail*, préc., note 102, art. 52.

²⁵⁸ *Id.*, art. 55.

²⁵⁹ *Id.*, art. 59.0.1 et 122.

²⁶⁰ P. VERGE, G. TRUDEAU et G. VALLÉE, préc., note 146, p. 350 à 353.

²⁶¹ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 459.

²⁶² *Loi sur les normes du travail*, préc., note 102, art. 122 par. 6.

²⁶³ *Id.*, art. 59.0.1.

²⁶⁴ *Id.*

assez importante²⁶⁵. Par exemple, un travailleur à temps partiel qui ne travaille que quelques jours par semaine pourra être appelé à travailler, sans véritablement pouvoir refuser, tout le reste des jours de la semaine²⁶⁶. De surcroît, cette obligation de disponibilité étendue peut avoir un effet fort différent²⁶⁷ sur le salarié qui a volontairement choisi de travailler à temps partiel pour, par exemple, faciliter la conciliation du travail avec ses obligations familiales ou qui occupe plus d'un emploi²⁶⁸ puisque, dans ces deux cas, il est plus difficile de garantir une large plage de disponibilité en dehors des heures de travail régulières.

De plus, même si un travailleur à temps partiel travaille au-delà de ses heures habituelles, il est peu probable qu'il ait droit à la majoration du taux de salaire ou au congé compensatoire prévu par la loi, puisque les heures normales de travail sont fixées sur une base hebdomadaire et non sur une base quotidienne²⁶⁹. Par exemple, un salarié qui travaille habituellement 15 heures par semaine et qui effectue le double de ces heures n'aura droit à aucun des avantages que la loi associe au travail en temps supplémentaire, même si ce salarié a largement dépassé son horaire régulier. Il peut alors s'en suivre un certain déséquilibre entre, d'une part, la flexibilité que le travail à temps partiel procure à l'employeur, par la réduction des coûts associés au travail effectué à l'extérieur de l'horaire habituel et, d'autre part, la perte de contrôle des travailleurs à temps partiel sur leur horaire de travail. Ce déséquilibre pourrait ainsi encourager l'employeur à recourir au travail à temps partiel, complété par une obligation de se présenter au travail sur demande²⁷⁰.

Le droit de refus est également plus limité pour les travailleurs qui ne disposent pas d'un horaire habituel de travail, soit les travailleurs sur appel ou les travailleurs occasionnels, dont l'horaire variable n'est pas établi à l'avance²⁷¹. Dans leur cas, l'obligation de disponibilité a une portée plus lourde en raison du caractère imprévisible de leur horaire de travail. Cette obligation crée en quelque sorte un troisième temps qui n'est assimilé ni à un temps de travail ni à un temps de repos²⁷². Ce troisième temps peut ainsi correspondre, pour ceux dont l'horaire est

²⁶⁵ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 146.

²⁶⁶ *Id.*

²⁶⁷ G. VALLÉE, préc., note 114, 15.

²⁶⁸ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 145; COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, préc., note 4, p. 153 et 154.

²⁶⁹ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 145.

²⁷⁰ *Id.*, p. 146.

²⁷¹ *Id.*, p. 34.

²⁷² G. VALLÉE, préc., note 114, 11.

imprévisible, à une période très importante et non définie. En contrepartie, ces travailleurs n'ont souvent aucune garantie d'être appelés au travail²⁷³.

Cette obligation de disponibilité a, par conséquent, un impact important sur le contrôle de leur horaire de travail. De surcroît, le poids de cette obligation est augmenté lorsque celle-ci est stipulée en conjonction à des clauses d'astreinte, d'exclusivité, des clauses pénales ou de remboursement de formation. Alors qu'elles ne visaient généralement que les travailleurs plus qualifiés, ces clauses se retrouvent aujourd'hui de plus en plus dans des contrats conclus entre des travailleurs peu qualifiés et des agences de location de personnel. De plus, en général, aucune contrepartie valable n'est offerte au travailleur pour cette obligation étendue²⁷⁴. Cette obligation acquière alors une portée particulière pour ces travailleurs occasionnels ou sur appel puisqu'elle n'est pas complémentaire ou accessoire à l'exécution d'une prestation de travail à temps plein suivant un horaire régulier. Ces clauses peuvent, dans ces conditions, porter préjudice au droit du travailleur de gagner pleinement sa vie. Ces mutations dans les formes d'emplois entraînent ainsi un déséquilibre entre les intérêts des employeurs, qui peuvent disposer à moindre coût d'un bassin de main-d'œuvre dont ils peuvent faire varier le volume en fonction des besoins et les intérêts des travailleurs, qui ont perdu le contrôle de leur horaire de travail, devenu imprévisible²⁷⁵.

Le degré de protection sociale

La troisième dimension utilisée afin de décrire la précarité porte sur le degré de protection sociale qui se rattache à l'emploi. Cette section s'intéresse à la protection offerte par la loi afin de voir si celle-ci crée différents degrés de protection selon les statuts d'emploi. Il faut dès lors examiner la *L.N.T.* qui, se fondant sur le postulat de la vulnérabilité du salarié face à l'employeur, a pour objet de pallier le déficit de protection dont il souffre²⁷⁶. La notion de « protection » doit donc être interprétée largement, chacune des mesures prévues par la *L.N.T.* sous-entendant qu'en deçà d'un minimum obligatoire, les conditions de travail seraient manifestement injustes ou

²⁷³ Voir *Dufour c. Centre hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie*, [1992] R.J.Q. 825. Il s'agit du cas de quatre infirmières auxiliaires, confinées à un emploi à temps partiel occasionnel et qui devaient garantir une disponibilité de 24 heures par jour, 7 jours par semaines. Dans un contexte hospitalier, ceci signifie la possibilité d'être appelée à intervenir, à quelques minutes d'avance, pour combler les absences et ce, en tout temps.

²⁷⁴ *Agence de placement Hélène Roy c. Rioux*, [1997] R.L. 297; G. VALLÉE, préc., note 114, 18.

²⁷⁵ G. VALLÉE, préc., note 114, 1.

²⁷⁶ F. MORIN, J.-Y. BRIERE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-laflleur-livres/8/188496727/>>.

déraisonnables²⁷⁷. C'est pourquoi, cette loi a pour vocation de s'appliquer au plus grand nombre, à la seule condition d'être salarié. Or, son inadaptation au contexte organisationnel actuel peut atténuer la force de ces protections vis-à-vis de certains travailleurs. En effet, certaines notions ou conditions, à l'instar de la notion de service continu, peuvent poser des difficultés particulières lorsqu'elles doivent s'appliquer aux travailleurs atypiques.

De fait, certains avantages sont assujettis à l'exigence d'une quantité de travail effectif ou d'un certain revenu de travail à l'intérieur d'une période de référence, des conditions d'accès plus difficiles à respecter pour les travailleurs atypiques²⁷⁸. Par exemple, en ce qui a trait au droit de bénéficier des jours fériés, chômés et payés prévus par la *L.N.T.*²⁷⁹, bien qu'il ait droit au congé, un salarié peut être désavantagé lors du calcul de l'indemnité afférente. En effet, cette indemnité est égale à 1/20 du salaire gagné au cours des quatre semaines complètes de paie précédant la semaine du congé, sans tenir compte des heures supplémentaires²⁸⁰. Ainsi, les salariés à temps partiel recevraient une indemnité moindre que le salaire auquel ils auraient eu droit s'ils avaient travaillé ce jour-là puisqu'ils travaillent habituellement moins d'heures. Par exemple, si un salarié n'a travaillé que quelques jours lors des quatre semaines précédant le congé, la somme peut s'avérer minime. Le congé férié peut alors constituer un facteur d'appauvrissement pour ces travailleurs, contrairement aux travailleurs à temps plein qui bénéficient du congé férié tout en étant payé l'équivalent de leur salaire normal pour une journée²⁸¹. De surcroît, pour les salariés qui ont un horaire irrégulier, tels les salariés occasionnels, il est fort possible qu'ils n'aient pas travaillé au courant de cette période étalée, auquel cas ils auront droit au congé, mais sans rémunération²⁸². Or, comment justifier qu'un salarié bénéficiant d'un tel jour férié n'ait droit qu'à une indemnité égale à 1/3 ou 1/5 de paie pour ce même jour²⁸³? Ce salarié risque alors de jouir bien moins du jour férié qui est attribué par la loi à tous salariés.

De la même manière, les règles qui portent sur le congé annuel peuvent produire des effets contrastés selon le régime de travail, s'il est à temps plein ou à temps partiel. Ce n'est pas

²⁷⁷ *Id.*, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/8/188496727/>>; Renée-Claude DROUIN et Gilles TRUDEAU, « Les normes minimales du travail : bilan et éléments de prospective », dans *Fondements des relations industrielles*, Chenelière éducation, 2017.

²⁷⁸ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 141.

²⁷⁹ *Loi sur les normes du travail*, préc., note 102, art. 60.

²⁸⁰ *Id.*, art. 62.

²⁸¹ F. MORIN, J.-Y. BRIERE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, p. 1754.

²⁸² J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 142.

²⁸³ F. MORIN, J.-Y. BRIERE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, p. 1754.

ici la durée du congé qui est affectée, puisque celle-ci dépend de la durée du service continu²⁸⁴, mais bien le calcul de l'indemnité qui se rattache au congé annuel²⁸⁵. En effet, la loi prohibe à l'employeur de réduire la durée du congé annuel, par rapport à ce qui est accordé aux autres travailleurs qui effectuent les mêmes tâches dans le même établissement, pour le seul motif qu'il travaille habituellement moins d'heures par semaine²⁸⁶. Par contre, le mode de calcul de l'indemnité afférente au congé annuel désavantage souvent les salariés à temps partiel puisqu'elle se calcule en proportion du salaire brut gagné pendant l'année de référence²⁸⁷. Par conséquent, cette règle est perçue par certains auteurs comme étant dysfonctionnelle lorsqu'elle s'applique aux salariés à temps partiel. Le montant de l'indemnité, ainsi calculé, pourrait les empêcher de bénéficier pleinement du droit au congé annuel dont la qualité dépend de « la conjugaison de sa durée et de la rémunération qui lui est rattachée »²⁸⁸. En effet, pour une même durée de congé annuel, il n'est pas certain que le salarié à temps partiel soit économiquement capable d'en profiter, compte tenu de la somme qui lui sera versée²⁸⁹.

Par ailleurs, la *Loi sur les normes du travail* garantit un repos hebdomadaire minimal de 32 heures consécutives par semaine²⁹⁰. Cette garantie n'est toutefois valable que pour le salarié qui a un employeur unique, puisqu'il est impossible d'appliquer cette norme à l'égard d'un salarié qui cumule deux ou trois emplois à temps partiel auprès d'employeurs différents²⁹¹. Ainsi, un salarié pourrait être appelé à travailler sept jours consécutifs, mais répartis entre plusieurs employeurs si chacun, pris isolément, respecte la norme des 32 heures.

Il importe aussi de considérer la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* qui vise, par la voie de la prévention, à protéger la santé, la sécurité et l'intégrité physique des travailleurs²⁹². Ainsi formulé, cet objet justifie l'élargissement de la population des travailleurs protégés au-delà des seuls salariés entendus au sens strict, et ce, afin d'imposer un comportement sécuritaire à tous ceux qui exécutent leur prestation ou sont présents dans un même lieu de travail²⁹³. Pour ce faire,

²⁸⁴ Les travailleurs temporaires sont, pour leur part, désavantagés par l'application de cette condition du service continu.

²⁸⁵ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 143.

²⁸⁶ *Loi sur les normes du travail*, préc., note 102, art. 74.1.

²⁸⁷ *Id.*, art. 74.

²⁸⁸ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 144.

²⁸⁹ *Id.*; F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, en ligne : <<http://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/8/188496727/>>.

²⁹⁰ *Loi sur les normes du travail*, préc., note 102, art. 78.

²⁹¹ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, p. 1755.

²⁹² *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, préc., note 206, art. 2.

²⁹³ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, p. 1757.

cette loi impose à l'employeur une série d'obligations visant à assurer des établissements équipés et aménagés de façon à assurer la protection des travailleurs ainsi que des méthodes, des techniques et des modes d'organisation du travail sécuritaires²⁹⁴. Malgré cette couverture élargie, cette loi fait fi de certaines caractéristiques du nouveau contexte de travail, ce qui a pour effet de nuire à sa mise en œuvre auprès de travailleurs atypiques.

Premièrement, la mise en œuvre de cette loi chez les salariés à domicile peut occasionner quelques difficultés. Ces difficultés découlent du fait que certaines des obligations qui sont imposées à l'employeur sont liées à l'établissement où œuvrent les travailleurs²⁹⁵. Or, selon la Loi, un établissement correspond au lieu physique où sont regroupés l'ensemble des installations et de l'équipement sous l'autorité de l'employeur²⁹⁶. Par conséquent, qu'en est-il de l'obligation de l'employeur de prendre les mesures nécessaires afin de protéger la santé et la sécurité des travailleurs à l'égard des autres lieux où le travailleur est appelé à exécuter sa prestation de travail, par exemple, sa résidence²⁹⁷?

Selon Cliche, Lafontaine et Mailhot, les obligations de l'employeur devraient subsister en dehors de l'établissement, soit dans tout lieu de travail où le travailleur est appelé à fournir sa prestation de travail²⁹⁸. La jurisprudence est pourtant moins claire quant au maintien de ces obligations en dehors de l'établissement de l'employeur. Par exemple, quelques décisions ont traité de l'interprétation de la notion d'établissement dans le cas d'aides ménagères qui accomplissaient leurs fonctions dans la résidence privée de l'employeur²⁹⁹, mais aucune ne traite de la question de la résidence du travailleur. N'en demeure pas moins que la mise en œuvre de la Loi sera plus difficile dans une résidence privée, l'employeur n'ayant pas le contrôle de ce lieu. L'application de la Loi risque alors d'être partielle dans ces cas précis de travail atypique.

Un deuxième obstacle découle, encore une fois, de la difficulté d'identifier l'employeur véritable du travailleur lié à une agence de placement temporaire³⁰⁰. Autrement dit, à qui revient la responsabilité d'assurer la sécurité des lieux de travail dans un tel cas : à l'entreprise-cliente ou à l'agence de placement? La première, l'entreprise-cliente, peut alléguer que les travailleurs qui

²⁹⁴ *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, préc., note 206, p. 51.

²⁹⁵ Bernard CLICHE, Serge LAFONTAINE et Richard MAILHOT, *Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993, p. 105.

²⁹⁶ *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, préc., note 206, art. 1.

²⁹⁷ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 159 et 160.

²⁹⁸ B. CLICHE, S. LAFONTAINE et R. MAILHOT, préc., note 295, p. 105.

²⁹⁹ *Derla et Productions IM60 inc.*, [2011] C.L.P. 415; *Massey et Commission de la santé et de la sécurité du travail - soutien à l'imputation*, (C.L.P., 2003-01-06).

³⁰⁰ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 160.

œuvrent dans son établissement ne sont pas les siens et la deuxième, l'agence de placement, qu'elle n'a aucun contrôle sur l'établissement de l'entreprise-cliente et qu'elle ne peut, de ce fait, imposer des mesures visant à rendre les lieux plus sécuritaires³⁰¹.

En dernier lieu, certaines autres protections, prévues par d'autres lois que des lois du travail, posent des difficultés d'application pour certains statuts d'emploi. Par exemple, le droit à la vie privée pose problème pour le travail à domicile : comment s'assurer de la protection du droit à la vie privée du salarié face à l'employeur qui doit surveiller et diriger son travail ? D'autres protections présentes dans la *Charte québécoise* sont d'application plus malaisée, notamment le droit à des conditions de travail justes et raisonnables, en raison du taux moins élevé de syndicalisation chez les travailleurs atypiques et de la difficulté de faire reconnaître ce droit individuellement. De plus, le droit à un niveau de vie décent, qui vise le droit à des mesures d'assistance financière et à des mesures sociales, s'applique plus difficilement aux travailleurs atypiques puisque les mesures de protection prévues par la loi sont destinées à remédier aux carences de situations liées à l'emploi standard³⁰².

Le niveau de revenu

La dernière dimension rattachée à la précarité de l'emploi touche le niveau de revenu. En effet, les emplois précaires se différencient par un niveau de revenu faible, souvent insuffisant, alors que le travail doit normalement être « la clé d'accès à la sécurité économique »³⁰³. Ainsi, pour que la sécurité économique soit assurée, l'emploi doit réunir deux éléments : un niveau de rémunération et des avantages sociaux suffisants. Pour Alain Supiot, la « prise en considération de la personne du travailleur, et de ses besoins, qui conduit à lui assurer des minima de salaires, conduit, par une nécessité qui n'est pas moins forte, à lui assurer une continuité de revenus »³⁰⁴. Cette continuité de revenus vise à doter le travailleur des moyens de subsistance au moment même où il devient trop vieux ou trop malade pour continuer à travailler ou lorsqu'il perd son

³⁰¹ COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL, *La location de personne, la problématique du travailleur autonome, la problématique de l'administrateur et du dirigeant*, Rapport des travaux d'un comité formé par la Commission de la santé et de la sécurité du travail (Me Marie-France Bich, M. Pierre Dorion, Me Guy Lemay, Me Normand Ratti), Gouvernement du Québec, 1997.

³⁰² Maryse ALCINDOR (SOUS LA DIRECTION DE), *Actes du 2e forum des droits et libertés. Nouvelles formes de travail: les droits ont-ils un avenir?*, Montréal, La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 1997.

³⁰³ S. BERNSTEIN et al., préc., note 184, 19.

³⁰⁴ A. SUPIOT, préc., note 11, p. 78.

emploi. Il s'agit, selon ce même auteur, d'une « socialisation des principaux risques » liés au travail, c'est-à-dire le chômage, la maladie et la vieillesse³⁰⁵.

Cette section traite des mesures qui sont prévues par la loi afin d'assurer cette continuité de revenus et tout d'abord de la *Loi sur les normes du travail* qui traite directement du salaire. Parmi les conditions minimales qui y sont prévues, cette loi instaure un salaire horaire minimum³⁰⁶. Ne traitant que du taux horaire, cette disposition ne garantit nullement une rémunération minimale hebdomadaire ou mensuelle bien qu'il serait tout à fait possible de le faire si le législateur en avait l'intention³⁰⁷. Le gouvernement pourrait, en effet, utiliser le pouvoir qui lui est dévolu en la matière afin de moduler ou de préciser le droit au salaire minimum selon les différentes formes d'emploi. Ultimement, l'objectif devrait être d'assurer, au moins au minimum, un revenu viable qui éloigne de la précarité et de la pauvreté, et ce, quelle que soit la forme de son emploi³⁰⁸.

En ce qui a trait aux modes de rémunération, le rapport Arthurs constate par ailleurs qu'ils se sont diversifiés³⁰⁹ au moment même où les relations d'emplois atypiques ont proliféré. De plus en plus de travailleurs sont, en effet, payés à la commission, à la tâche ou sur une base forfaitaire au terme d'un contrat. Pour ces travailleurs, il peut être plus difficile de calculer combien ils devraient recevoir comme indemnité pour les heures supplémentaires, paye de vacances ou comme préavis de fin d'emploi, ces avantages étant liés à la rémunération. Ainsi, l'octroi de ces avantages ou l'application de ces normes fluctue entre les travailleurs rémunérés à l'heure, dont l'horaire de travail est conforme à la norme, et ceux qui reçoivent d'autres formes de rémunération ou qui ont d'autres types d'horaires³¹⁰.

En outre, rappelons que l'article 41.1 de la *L.n.t.*, qui prévoit l'égalité de traitement pour les salariés à temps partiel, ne s'applique que si le taux réel applicable à ce salarié est inférieur à deux fois le salaire minimum. De plus, cette protection ne vise que le « taux de salaire » à l'exclusion des autres composantes du salaire, même si celles-ci ont une valeur pécuniaire³¹¹. Par ailleurs, cette règle d'égalité de traitement ne s'impose que si le fait de travailler habituellement

³⁰⁵ *Id.*, p. 79.

³⁰⁶ *Loi sur les normes du travail*, préc., note 102, art. 40.

³⁰⁷ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1, en ligne: <<http://edocrtrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/8/191266329/>>.

³⁰⁸ *Id.*, en ligne: <<http://edocrtrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/8/188496727/>>.

³⁰⁹ COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, préc., note 4, p. 88.

³¹⁰ COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, préc., note 4.

³¹¹ F. MORIN, J.-Y. BRIÈRE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, préc., note 1.

moins d'heures constitue le *seul motif* pour lequel un salaire différent est octroyé³¹² ce qui peut être difficile à démontrer en pratique. En vertu de cette règle, il suffit de démontrer une différence dans la structure des tâches pour que des taux horaires différents puissent s'appliquer³¹³. Appliquée ainsi, cette règle a comme conséquence que le salaire offert aux salariés à temps partiel est, généralement, inférieur à celui des salariés à temps plein qui occupent un poste équivalent, malgré l'absence de justification sur le plan des compétences, de l'expérience et de la nature du travail effectué³¹⁴. Ces différentes exceptions à l'interdiction s'expliquent mal sachant que le salarié à temps partiel est plus susceptible de se retrouver en situation de précarité que le salarié à temps plein.

Par ailleurs, l'emploi devrait aussi assurer un revenu au travailleur victime d'une blessure ou d'une maladie liée à l'exécution de son travail. Au Québec, c'est la *L.A.T.M.P.* qui poursuit cet objectif en prévoyant la réparation des lésions professionnelles entre autres au moyen du remplacement du revenu³¹⁵. Cet objectif justifie ainsi l'élargissement de la population des travailleurs protégés au-delà des salariés au sens strict³¹⁶ et traite donc spécifiquement de la situation des travailleurs atypiques. Voyons si cet assouplissement réussit, effectivement, à assurer une égalité d'accès aux bénéfices de la loi à l'ensemble des travailleurs visés par la loi.

Selon le rapport Bernier, la *L.A.T.M.P.* ne distingue nullement entre les travailleurs suivant leur situation d'emploi en ce qui a trait au droit à l'indemnité de remplacement du revenu. Pour y avoir droit, seules deux conditions doivent être réalisées : un travailleur a subi une lésion professionnelle (même si celui-ci est sans emploi au moment où la lésion se manifeste) et il devient incapable d'exercer son emploi (ou celui qu'il occupait habituellement)³¹⁷. Là où les travailleurs atypiques peuvent être désavantagés, c'est au moment de déterminer à combien s'élève l'indemnité de remplacement du revenu. En effet, le montant de l'indemnité se calcule à partir du revenu que le travailleur tire annuellement de son emploi et équivaut à 90% du revenu net retenu³¹⁸. Pour les 14 premiers jours d'absence, cette indemnité est payable par l'employeur

³¹² J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 146; *Maison Simons inc. c. Commission des normes du travail*, D.T.E. 96T-18 (C.A.).

³¹³ *TUAC, section locale 501 c. Boulangerie Gadoua ltée (grief syndical)*, 2014 QCTA 337.

³¹⁴ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 33; L. F. VOSKO et L. F. CLARK, préc., note 137; Sylvie GAGNON, « La contribution des droits de la personne à l'élimination de la discrimination reliée à la précarité en emploi », (2012) 42 *R.D.U.S.* 83, 95.

³¹⁵ *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, préc., note 207, p. 1.

³¹⁶ *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, préc., note 207, art. 2.

³¹⁷ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 177.

³¹⁸ *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, préc., note 207, p. 45.

et établie sur la base du salaire net quotidien, à hauteur de 90% de celui-ci³¹⁹. Il est toutefois spécifié que cette indemnité n'est due que pour les jours ou partie de jour « où ce travailleur aurait normalement travaillé, n'eût été son incapacité »³²⁰. Cette condition désavantage de ce fait les travailleurs dont la prestation de travail est irrégulière (par exemple, les travailleurs sur appel ou dont les heures sont incontrôlables) et pour qui il peut être difficile de déterminer les heures qui auraient normalement été travaillées³²¹.

Après ces 14 premiers jours, si l'absence se poursuit, l'indemnité sera établie sur une base annuelle, c'est-à-dire sur la base du revenu brut déterminé dans le contrat de travail³²². En outre, le revenu considéré ne peut être inférieur à celui qu'aurait obtenu un salarié effectuant une semaine normale de travail rémunérée au taux de salaire minimum ni supérieur à un maximum annuel assurable³²³. Si ce mode de calcul à partir du revenu brut annuel permet d'estimer adéquatement la perte de revenu futur des travailleurs qui disposent d'un contrat à durée indéterminée et dont la prestation est continue et régulière, il en est autrement pour ceux qui, au contraire, ont une prestation de travail non continue ou irrégulière³²⁴.

En effet, pour les travailleurs qui sont assujettis à un contrat à durée déterminée, le mode de calcul qui s'applique à leur situation est le même que pour l'ensemble des travailleurs bien que celui-ci s'avère inadapté à leur situation³²⁵. Du fait de la courte durée des prestations ou de leur irrégularité, la question de la finalité de l'indemnité peut se poser. S'agit-il de compenser la perte de la capacité de gains pour l'avenir ou de compenser la perte de revenus réels? La réponse à cette question est déterminante dans le cas, par exemple, d'une personne qui effectue un contrat de courte durée au moment où elle subit une lésion professionnelle. Les montants attribués à cette personne pourraient s'avérer fort différents selon la finalité qui est attribué à l'indemnité de remplacement du revenu. Si, à l'instar du courant jurisprudentiel dominant, on considère que l'indemnité doit « compenser la perte de gains futurs et l'incapacité à exercer un emploi »³²⁶, le revenu brut prévu au contrat à durée déterminée doit être annualisé. Si, au contraire, on considère

³¹⁹ *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, préc., note 207, art. 59 à 62.

³²⁰ *Id.*, art. 60.

³²¹ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 179.

³²² *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, préc., note 207, art. 67.

³²³ *Id.*, art. 65 et 66.

³²⁴ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 180.

³²⁵ *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, préc., note 207, art. 67.

³²⁶ *Héroux c. Groupe Forage Major*, [2001] C.L.P. 317; *Simon c. Commission scolaire de l'Or-et-des-bois*, [2006] C.L.P. 323.

que l'indemnité doit compenser la perte de revenus réels, on ne doit pas annualiser ce revenu brut, mais considérer le revenu réel du travailleur au courant de l'année précédant la lésion.

Le premier courant jurisprudentiel est bien illustré par le cas d'une concierge qui a subi une lésion professionnelle alors qu'elle effectuait un remplacement qui devait se terminer incessamment³²⁷. Dans son cas, il a été possible d'annualiser son revenu puisque, par la suite, le remplacement a dû être prolongé, ce qui permit de conclure que l'emploi de la travailleuse se serait prolongé, n'eût été la lésion (en raison de sa position privilégiée sur la liste de rappel).

Cette interprétation jurisprudentielle ne signifie toutefois pas que le travailleur pourra annualiser son revenu hebdomadaire dans tous les cas. En effet, il faut que cette annualisation trouve une « corrélation dans la réalité »³²⁸, c'est-à-dire qu'il doit s'agir d'une projection raisonnable de la situation du travailleur sur une année³²⁹. Il faudra donc évaluer chaque situation au cas par cas, une analyse qui peut s'avérer ardue. Cette incertitude quant à la possibilité d'annualiser son revenu concerne également les travailleurs qui enchaînent les contrats de courte durée pour plusieurs employeurs successivement.

En outre, les dispositions qui prévoient l'indemnité de remplacement du revenu traitent de multiples cas de figure qui permettent d'ajuster l'indemnité en fonction des circonstances³³⁰. Une décision peut aussi s'écarter de ces règles si cela peut s'avérer plus équitable en raison de la nature particulière du travail³³¹. Dans le contexte de la multiplication des formes d'emploi, ces situations particulières risquent, elles aussi, de proliférer. Or, le silence du législateur quant à la finalité de l'indemnité de remplacement du revenu pourra mener à des résultats ambivalents pour les salariés en situation de travail non traditionnelle tel qu'illustré par le prochain exemple. C'est pourquoi certains auteurs souhaitent une intervention du législateur en ce sens³³².

En effet, si la finalité de l'indemnité est de compenser la perte de capacité de gains futurs, comment expliquer le résultat auquel en arriva le tribunal dans le cas d'un salarié ayant subi une rechute suite à une lésion survenue plusieurs années plus tôt, alors qu'il était aide-serveur. La Commission des lésions professionnelles s'est alors basée sur le salaire qu'il gagnait à l'époque

³²⁷ *Simon c. Commission scolaire de l'Or-et-des-bois*, préc., note 326.

³²⁸ *Héroux c. Groupe Forage Major*, préc., note 326, 320.

³²⁹ *Simon c. Commission scolaire de l'Or-et-des-bois*, préc., note 326.

³³⁰ *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles*, préc., note 207, art. 67 à 74.

³³¹ *Id.*, art. 75. Par exemple, lorsqu'un salarié qui cumule plus d'un emploi effectue ainsi un grand nombre d'heures de travail. Son revenu annuel brut est dans ce cas plus élevé que celui qui résulterait de l'application de l'article 71 : *Lenden c. Centre de jeunesse de Laval*, (2001) C.L.P. 8; *Desgranges c. Centre de réadaptation Gabrielle Major*, (2001) C.L.P. 56.

³³² J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 183.

de la lésion initiale afin de calculer l'indemnité de remplacement de revenu et non sur le salaire qu'il gagnait au moment de la rechute. Le salarié en question avait obtenu plusieurs diplômes et un emploi en informatique³³³, mais était sans emploi au moment de la rechute. Lorsque la récidive survient alors que le travailleur occupe un autre emploi, l'article 70 de la *L.A.T.M.P.* prévoit que le revenu brut considéré est le plus élevé entre celui qui a servi de base pour le calcul de l'indemnité d'origine et le salaire de l'emploi que le travailleur occupe au moment de cette récidive. Or, puisque le salarié n'occupait aucun emploi au moment de la récidive, le tribunal a interprété qu'il ne pouvait considérer le revenu brut de l'année où se produisit la rechute (celui-ci étant plus de deux fois supérieur à celui qu'il touchait en tant qu'aide-serveur). La Commission en est arrivée à cette conclusion malgré le manque de corrélation avec la réalité³³⁴, soit avec la réelle capacité de gain future, et ce, malgré qu'elle convienne qu'il semblerait plus juste de considérer le revenu gagné dans les mois précédant la rechute³³⁵.

Cette dernière interprétation risque, par conséquent, d'avoir un effet défavorable sur les travailleurs atypiques, plus particulièrement sur les travailleurs à durée déterminée. En raison du manque de stabilité de leur situation et de la courte durée de leurs prestations, ceux-ci risquent davantage de ne pas occuper d'emploi au moment d'une récidive³³⁶.

Par ailleurs, aux fins de l'application de la *L.A.T.M.P.*, le recours aux agences de placement temporaire peut occasionner des difficultés en lien avec l'identification de l'employeur³³⁷. En effet, le niveau de protection conféré par la loi aux travailleurs provenant d'agences de placement pourra différer selon qui de l'entreprise-cliente ou de l'agence de placement temporaire est retenue comme l'employeur du salarié³³⁸.

Finalement, le droit du travail cherche également, traditionnellement, à conférer une continuité du revenu au moment où le travailleur atteint l'âge de la retraite. Cette fonction est assurée au Québec par un régime divisé en trois paliers, ces trois paliers étant complémentaires afin d'assurer une rente suffisante pour maintenir le niveau de vie à la retraite.

³³³ *Georgiou et Buffet Maison Kirin inc.*, [2004] C.L.P. 1812.

³³⁴ *Héroux c. Groupe Forage Major*, préc., note 326.

³³⁵ *Georgiou et Buffet Maison Kirin inc.*, préc., note 333, par. 30.

³³⁶ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 134; G. RODGERS et J. RODGERS, préc., note 123.

³³⁷ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 184.

³³⁸ « Si l'agence de placement temporaire est retenue comme employeur, la situation peut être régie par l'article 68 (travailleur sur appel), alors que si l'entreprise utilisatrice est retenue comme l'employeur, les règles applicables pourront plutôt dépendre des articles 67 (contrat à durée déterminée) et 71 (cumul d'emploi) » : *Id.*, p. 187.

Le premier palier est assuré par le *Programme de la sécurité de la vieillesse* et est administré par le gouvernement fédéral. En vertu de ce programme, toutes les personnes ayant atteint l'âge de 65 ans et ayant vécu au Canada pendant au moins 10 ans depuis l'âge de 18 ans ont accès à une pension de la sécurité de la vieillesse, et ce, sans égard à leur revenu d'emploi. Le deuxième palier quant à lui, est constitué au Québec par la *Loi sur le régime de rentes du Québec* qui donne droit aux différentes prestations à condition d'avoir participé au régime par le versement de cotisations prélevées sur la rémunération. Finalement, le troisième palier est formé des régimes privés de retraite et de l'épargne personnelle, par exemple, les régimes complémentaires de retraite qui sont encadrés au Québec par la *L.R.C.R.*³³⁹.

Le premier palier ne posant pas de problème particulier, en raison du caractère universel de ce régime, nous nous attarderons aux deux autres paliers. Pour ce qui est du deuxième palier, constitué du Régime de rentes du Québec, ce n'est pas un problème d'application qui affecte le niveau de protection offert aux travailleurs atypiques. En effet, toute personne qui touche une rémunération découlant de son travail cotise au régime (au-delà d'un seuil minimal)³⁴⁰ et y a accès sur cette base au moment où survient l'une des conditions prévues (l'âge, le décès ou l'invalidité)³⁴¹. Toutefois, ils pourront être désavantagés au moment de percevoir la rente de retraite ou d'invalidité, le montant versé étant calculé sur la base des revenus du travail gagnés lors des cotisations³⁴². Sachant que les travailleurs atypiques ont généralement des revenus plus bas (par exemple, les travailleurs à temps partiel), ceux-ci risquent de ne pouvoir compter sur un revenu suffisant au moment de la retraite.

Le troisième palier est, quant à lui, constitué par la *L.R.C.R.* Cette loi encadre les régimes de retraite complémentaires généralement établis par les employeurs (les régimes privés traditionnels aussi appelés fonds de pension et les régimes de retraite simplifiés) et ne s'applique, par conséquent, qu'aux régimes auxquels l'employeur est tenu de cotiser. Elle prévoit, par ailleurs, les conditions dans lesquelles aura lieu le transfert des prestations lorsque nécessaire.

Toutefois, avant de pouvoir percevoir des sommes lors de la retraite, il faut, bien entendu, avoir contribué à un régime complémentaire de retraite lors de sa vie active. Or, l'accès à un tel régime n'est possible que s'il en existe un chez l'employeur pour le groupe dont le salarié fait

³³⁹ *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, préc., note 164.

³⁴⁰ *Loi sur le régime de rentes du Québec*, RLRQ, c. R-9, art. 106 et 107.

³⁴¹ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 113 et 114.

³⁴² *Id.*, p. 189.

partie. Le salarié doit ensuite satisfaire aux conditions d'admissibilité de ce régime ainsi qu'aux conditions minimales édictées par la loi³⁴³. En effet, un régime de retraite peut couvrir tous les travailleurs d'une entreprise ou certaines catégories seulement, selon ce que l'employeur choisit ou selon ce qu'il négocie avec le syndicat³⁴⁴.

Rappelons qu'en matière d'accès aux avantages sociaux, comme l'accès aux régimes complémentaires de retraite, le rapport Bernier avait établi que 77% des conventions collectives contiennent des clauses qui prévoient l'exclusion des travailleurs atypiques³⁴⁵. Depuis l'année 2000, le cadre juridique a toutefois été adapté afin de tenir compte de la réalité des travailleurs en situation non traditionnelle, principalement pour faire en sorte que la courte prestation d'un salarié occasionnel ou à contrat ne conduise plus à la perte des droits correspondant à la période de contribution au régime de retraite, qu'il s'agisse de ses cotisations ou de celles de l'employeur³⁴⁶.

Aujourd'hui, le principal problème qui mine le degré de protection garanti aux travailleurs au moment de la retraite tient plutôt à la « capacité d'accéder à ce troisième palier constitutif du régime de protection sociale à la retraite »³⁴⁷. Cette difficulté d'accès s'avère plus particulièrement dans le contexte actuel où un nombre grandissant d'employeurs remettent en question les régimes de retraite³⁴⁸. Des facteurs d'ordre structurels, tel que la hausse du ratio retraités/ travailleurs cotisants, l'augmentation continue de l'espérance de vie, et des facteurs d'ordre conjoncturels, tels que les mauvais rendements boursiers et la baisse des taux d'intérêt, ont amené les employeurs à rechercher la mise en place de clauses de disparités de traitement dans les régimes de retraite. Dans ce contexte, les travailleurs atypiques n'ont bien souvent pas accès aux régimes de retraite en raison des critères d'admissibilité et, quand bien même ils y ont accès, « disposent-ils d'un revenu suffisant pour pouvoir cotiser à des régimes privés ou pour décider d'adhérer [...] à un régime complémentaire de retraite »³⁴⁹? Prenant acte de ce problème, la loi a été amendée suite aux revendications des travailleurs à temps partiel admissibles à des régimes obligatoires, afin de permettre à un employeur d'offrir que son régime soit obligatoire

³⁴³ *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, préc., note 164, art. 34; J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 120.

³⁴⁴ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 119.

³⁴⁵ J. BERNIER, préc., note 253, 10 et 11.

³⁴⁶ *Loi sur les régimes complémentaires de retraite*, préc., note 164, art. 66 et 69.

³⁴⁷ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 191.

³⁴⁸ D. GESUALDI-FECTEAU et M. LIZÉE, préc., note 247.

³⁴⁹ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 191.

pour les travailleurs à temps plein et facultatif pour ceux à temps partiel et pour les occasionnels lorsque ceux-ci y avaient droit³⁵⁰. Ainsi, « les travailleurs à faible revenu risquent généralement beaucoup plus de ne pas bénéficier [...] de prestations de retraite »³⁵¹, que cela soit le résultat d'un choix ou bien de l'inadmissibilité. De cette manière, si les personnes à faible revenu ne peuvent profiter de ce troisième palier, leur sécurité économique risque fort d'être compromise lors de la retraite puisque les trois paliers agissent en complémentarité.

Finalement, la sécurité économique des travailleurs doit également être assurée lors de la perte d'emploi. Pour les travailleurs atypiques, cette nécessité est d'autant plus critique que leurs emplois sont davantage instables et qu'ils sont, par conséquent, plus susceptibles de se retrouver au chômage. Malgré cela, les salariés à temps partiel qui cotisent au régime d'assurance-emploi sont défavorisés par le fait que le droit aux bénéfices est basé sur le calcul du nombre d'heures travaillées³⁵². Ils doivent donc travailler un plus grand nombre de semaines avant d'y avoir droit³⁵³. Ainsi, ce désavantage se répercute de façon flagrante sur le nombre de personnes admissibles aux bénéfices : en 2004, « 54,3% des personnes ayant travaillé à temps partiel au cours des 12 mois précédents auraient été admissibles, comparativement à 95,7% des personnes ayant travaillé à temps plein »³⁵⁴. Pour des raisons similaires, les salariés occasionnels ou sous contrat à durée déterminée peuvent aussi avoir davantage de difficulté à accumuler un nombre d'heures suffisant pour avoir accès aux prestations, puisqu'ils travaillent souvent pendant de courtes périodes et pour un nombre d'heures moins élevé³⁵⁵.

Au surplus, ce désavantage a, plus récemment, été exacerbé par la réforme de l'assurance-emploi instaurée en 2012. Celle-ci avait notamment augmenté le nombre d'heures exigibles pour accéder à l'assurance emploi et avait rendu plus strictes les obligations imposées aux travailleurs dans leur recherche d'emploi, les prestataires fréquents (les travailleurs saisonniers) disposant de moins de temps et de flexibilité pour se retrouver un nouvel emploi convenable. Cette réforme a en grande partie été annulée en 2016, mais le seuil d'heures de travail afin d'être admissible aux prestations courantes de l'assurance-emploi demeure plus difficile à atteindre pour les travailleurs

³⁵⁰ *Id.*, p. 120 et 121.

³⁵¹ COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, préc., note 4, p. 29.

³⁵² *Loi sur l'assurance-emploi*, préc., note 165, art. 7.

³⁵³ J. BERNIER, G. VALLÉE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 191.

³⁵⁴ Yanick NOISEUX, « Le travail atypique au Québec: Les jeunes au coeur de la dynamique de précarisation par la centrifugation de l'emploi », (2012) 7-1 *Rev. Multidiscip. Sur Empl. Synd. Trav.* 28, 45.

³⁵⁵ J. BERNIER, G. VALLEE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 191; Y. NOISEUX, préc., note 354, 45.

à temps partiel (jusqu'à 700 heures dans certaines régions)³⁵⁶. Selon les chercheurs Michel Bédard et Pierre Fortin, le programme canadien comprend en effet de nombreuses lacunes qui touchent à l'uniformité et à la générosité des prestations. Ces lacunes font que les employés canadiens sont traités différemment selon la région où ils habitent ou selon leur type d'emploi, à temps partiel ou à temps plein³⁵⁷.

En conclusion, certaines caractéristiques des emplois atypiques ont comme conséquence d'entraîner des difficultés d'application des lois du travail. Ces caractéristiques, qui diffèrent de celles de l'emploi typique, concernent notamment la durée, l'horaire ou le statut. Ainsi, ces difficultés d'application affaiblissent la protection et les bénéfices offerts aux travailleurs atypiques aussi bien sur le plan de la continuité du lien d'emploi, du contrôle exercé sur les conditions de travail, du degré de protection assuré par la loi et du niveau de revenu.

Or, l'impact négatif de ces difficultés d'application est exacerbé par le fait que les travailleurs atypiques ont des caractéristiques qui les rendent plus vulnérables. Ils sont par exemple, plus généralement des jeunes ou des personnes plus âgées par rapport aux travailleurs typiques, ils sont plus nombreux à ne pas avoir de diplôme d'études secondaires, à être des immigrants, etc. Bien que ces caractéristiques ne devraient pas avoir un impact sur l'application de la loi, elles peuvent constituer un obstacle lorsqu'elles affectent les moyens, la confiance ou les connaissances nécessaires pour faire respecter ses droits. Il s'agit par conséquent d'une catégorie de travailleurs qui a un réel besoin des mesures de protection offertes par la loi, mais auxquelles l'accès est restreint en raison de caractéristiques personnelles de vulnérabilité.

C'est ce qui explique qu'au sein des travailleurs atypiques, plusieurs emplois deviennent des emplois précaires. En effet, l'emploi précaire, un concept distinct de l'emploi atypique, se reconnaît par une vulnérabilité relativement aux quatre dimensions que sont la continuité du lien d'emploi, le niveau de contrôle sur les conditions de travail, le degré de protection, et le niveau de revenu. Chaque emploi diffère quant à son degré de précarité car chaque emploi réunit des conditions différentes selon ce qui aura été négocié, individuellement ou collectivement³⁵⁸. Or, ce mémoire démontre que les lois du travail créent, elles aussi, un accès différencié aux protections offertes, et ce, en raison de leur inadaptation aux nouvelles formes d'emploi. Par conséquent, ces

³⁵⁶ *Loi sur l'assurance-emploi*, préc., note 165, art. 7.

³⁵⁷ « Assurance-emploi: un système criblé de complexités et de "partis pris", selon des chercheurs », *Radio-Canada.ca* (juillet 2015), en ligne : <<http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/731037/assurance-emploi-irpp-reforme-pierre-fortin?isAutoPlay=1>>.

³⁵⁸ C'est pourquoi, les auteurs parlent d'un continuum de précarité.

lois créent des disparités en lien avec l'accès à la protection à l'encontre des congédiements, au droit de s'associer collectivement, aux assurances collectives, aux congés, au revenu, etc. Ce faisant, les lois du travail participent à un cercle vicieux qui enferme les travailleurs atypiques dans la précarité et la vulnérabilité socio-économique.

À l'instar des professeures Bernstein, Dupuis et Vallée, cette analyse nous amène à conclure que « [l']inadéquation entre les régimes de protection sociale et la réalité du marché du travail rend les travailleuses et travailleurs atypiques plus susceptibles de se retrouver dans une situation de travail précaire »³⁵⁹. Au surplus, dans la législation relative au travail québécoise, cette inadéquation se conjugue avec l'absence d'un principe général d'égalité de traitement en fonction du statut d'emploi³⁶⁰. Pourtant, un tel principe aurait pu envoyer un message clair que les travailleurs atypiques méritent une protection et des avantages équivalents, et ce, indépendamment de leur statut ou de la forme de leur emploi.

Le prochain chapitre traite des conséquences de cette inadéquation sur un groupe de la société en particulier, les femmes. Ces conséquences seront par la suite analysées sous l'angle des droits de la personne.

³⁵⁹ S. BERNSTEIN, M.-J. DUPUIS et G. VALLÉE, préc., note 128.

³⁶⁰ S. GAGNON, préc., note 314, 97; J. BERNIER, G. VALLEE et C. JOBIN, préc., note 92, p. 453.

2. Le travail précaire et les femmes : un phénomène de genre

Dans le premier chapitre de ce mémoire, il a été démontré que le droit du travail actuel demeure articulé autour d'un paradigme dépassé. Il en résulte une incapacité des lois à répondre à la montée du travail atypique, et cela a pour conséquence de priver certains des travailleurs dans cette situation de protections ou de bénéfices offerts à d'autres alors qu'ils sont déjà désavantagés par les caractéristiques de leur emploi. La précarisation qui en résulte entraîne en ces cas une plus grande vulnérabilité sociale et économique, ces emplois étant caractérisés par de faibles revenus, une insécurité d'emploi, une absence d'avantages sociaux, etc. L'emploi précaire est, par conséquent, un désavantage en lui-même. Considérant ce lourd impact du travail précaire, cette deuxième partie s'intéressera à celles et ceux qui sont affectées particulièrement par le phénomène. Certains segments de la main-d'œuvre sont-ils plus affectés que d'autres par la précarité ?

Malheureusement, en raison du caractère multiforme du phénomène, il est difficile de mesurer précisément la part de l'emploi précaire dans l'emploi total. Il est cependant possible de prendre en compte la répartition des emplois atypiques puisque, comme démontré dans la première partie, ceux-ci sont plus susceptibles d'être précaires que les emplois typiques. De plus, les formes d'emplois atypiques peuvent être situées sur un continuum allant des emplois les moins susceptibles d'être précaires à ceux qui sont les plus susceptibles de l'être. La répartition des emplois atypiques constitue donc un bon indicateur de la répartition des emplois précaires.

On peut, à l'aide des statistiques sur l'emploi atypique, démontrer que le phénomène de précarisation des emplois n'a pas le même effet à l'endroit des hommes et des femmes. Les femmes sont en effet surreprésentées dans le travail précaire, en plus d'être désavantagées à plusieurs autres niveaux sur le marché du travail. La composition du travail atypique et, plus particulièrement, la surreprésentation des femmes au sein de cette catégorie d'emplois permet de tirer cette conclusion. Notre étude démontre que les femmes se trouvent cantonnées à certaines formes d'emplois atypiques, qui sont aussi les plus précaires. Cette surreprésentation des femmes dans les formes d'emplois les plus précaires est avérée autant au sein des emplois salariés qu'au sein du travail autonome. C'est l'objet de la section 2.1. La section 2.2 analysera quant à elle quelques hypothèses afin d'expliquer cette surreprésentation des femmes.

2.1 L'impact de la précarisation du travail sur le travail des femmes : démonstration de la surreprésentation à l'intérieur du travail précaire à partir des données sur l'emploi atypique

Certains auteurs, en étudiant la répartition des emplois atypiques, ont constaté que ces emplois étaient inégalement répartis au sein de la population. Le rapport Arthurs a souligné ainsi le phénomène :

[L]es travailleurs défavorisés sont plus souvent des jeunes, des femmes, de nouveaux immigrants, des membres de minorités visibles ou des personnes présentant une combinaison de ces caractéristiques.¹

Le rapport Bernier fait aussi écho à cette constatation :

[L]e travail atypique n'étant pas un statut également ou proportionnellement réparti entre les diverses catégories sociales, il est susceptible de contribuer à accroître, plutôt qu'à diminuer, l'écart entre les hommes et les femmes de même qu'à exacerber les conflits intergénérationnels actuels ou potentiels.²

Dans le cadre de ce mémoire, nous avons choisi de nous concentrer sur la place peu convoitée des femmes au sein du travail atypique et incidemment, au sein du travail précaire. Ainsi, de l'avis de plusieurs auteures³, le travail précaire est un phénomène de genre, ce qui justifie que cette dimension soit intégrée à la définition. Rappelons que le concept du travail précaire cherche à identifier les dimensions qui, en relation avec certaines situations d'emplois, contribuent à faire basculer un emploi dans la précarité. Cette approche méthodologique se concentre ainsi sur la relation entre les formes d'emplois et les dimensions de revenu, de protection et de contrôle, mais également sur la relation entre ces formes d'emplois et le genre⁴.

Le lien entre le travail précaire et les femmes peut ainsi être démontré par leur surreprésentation à l'intérieur du travail atypique. À cet égard, mentionnons tout d'abord que les

¹ COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et Harry W. ARTHURS, *Équité au travail: des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle*, Ottawa, Examen des normes du travail fédérales, 2006, p. 29.

² Jean BERNIER, Guylaine VALLEE et Carol JOBIN, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle: rapport final*, Québec, Travail Québec, 2003, p. 39.

³ Judy FUDGE et Rosemary J. OWENS, *Precarious Work, Women and the New Economy: the Challenge to Legal Norms*, coll. Onati International Series in Law and Society, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006; Leah F. VOSKO, Martha MACDONALD et Iain CAMPBELL, *Gender and the Contours of Precarious Employment*, London and New York, Routledge, 2009; Leah F. VOSKO, *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, McGill-Queen's University Press, Montréal/Kingston, 2006.

⁴ Cynthia J. CRANFORD et Leah F. VOSKO, « Conceptualizing Precarious Employment: Mapping Wage Work across Social Location and Occupational Context », dans *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 43 à 66, p. 43.

femmes âgées entre 25 et 44 ans (l'âge d'activité maximale) occupent 53% de l'ensemble des emplois atypiques au Québec alors qu'elles ne forment que 48% de la main-d'œuvre active totale⁵. Cette section traite, premièrement, des données qui intéressent le travail atypique salarié et, deuxièmement, de celles qui intéressent le travail autonome.

2.1.1. Surreprésentation des femmes à l'intérieur du travail atypique salarié

La distribution des emplois atypiques salariés est analysée en premier lieu puisque la majorité des emplois atypiques au Québec (près du deux tiers) s'y retrouvent⁶. C'est également à l'intérieur du salariat que se situe la très grande majorité des emplois atypiques occupés par des femmes, alors que la plupart des emplois atypiques occupés par des hommes se situe à l'intérieur du travail autonome.

2.1.1.1. Surreprésentation des femmes à l'intérieur de l'emploi à temps partiel

La première distinction importante entre les emplois atypiques des hommes et des femmes salariés a trait à l'horaire de travail. Les femmes sont, en effet, très fortement surreprésentées au sein des emplois à temps partiel⁷. En 2015, chez les 25 à 44 ans, deux fois plus de femmes que d'hommes occupaient un emploi à temps partiel au Québec⁸. Elles occupent ainsi 70% des emplois à temps partiel pour ce groupe d'âge. Cette donnée est significative puisque la catégorie

⁵ STATISTIQUE CANADA (SC), *Enquête sur la population active, 2015*, adapté par l'Institut de la statistique du Québec (ISQ), en ligne:

<http://www.bdsso.gouv.qc.ca/disco_layout_1/viewer?cn=cf_a150&wb=KEN_MA121021H0101_01&ws=Tableau&qp_p_element=7398&qp_p_niv_aff_temps=1&qp_p_id_temps=&qp_p_niv_aff_trtr=2&qp_p_id_trtr=6610&qp_p_session=372691> (Consulté le 5 août 2016).

⁶ Luc CLOUTIER-VILLENEUVE, « Évolution de l'emploi atypique au Québec depuis 1997 », (2014) 15-3 *Flash-Info* 1-20, 2.

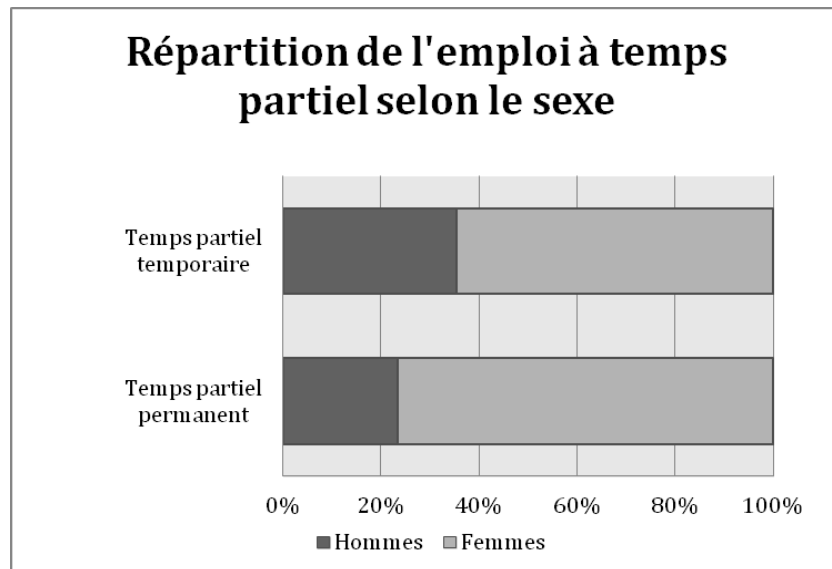
⁷ Entre autres Rosalie S. ABELLA, *Commission sur l'égalité en matière d'emploi: Rapport d'une Commission royale d'enquête*, Approvisionnement et Services Canada, 1984, p. 87 et 88; J. BERNIER, G. VALLEE et C. JOBIN, préc., note 2; Stéphanie BERNSTEIN, Marie-Josée DUPUIS et Guylaine VALLEE, « Au-delà de l'égalité formelle: confronter l'écart entre les sexes sur un marché du travail en mutation, l'exemple canadien », dans *Genre et droit social*, 2^e éd., Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2008, p. 357, p. 364; Leah F. VOSKO et Lisa F. CLARK, « Canada: Gendered precariousness and social reproduction », dans *Gender and the contours of precarious employment*, London and New York, Routledge, 2009, p. 29.

⁸ Dans l'ensemble du Canada, c'est trois fois plus de femmes qui occupent un emploi à temps partiel. STATISTIQUE CANADA, *Tableau 282-0013 - Enquête sur la population active (EPA), estimations de l'emploi à temps partiel selon la raison pour le travail à temps partiel, le sexe et le groupe d'âge, non désaisonnalisées, mensuel (personnes)*, CANSIM, en ligne: <<http://www5.statcan.gc.ca/cansim/a47>> (consulté le 18 juillet 2016).

des emplois à temps partiel constitue une partie très importante de l'emploi atypique, c'est-à-dire 43,5% de l'emploi atypique au Québec en 2013⁹.

Parmi ces emplois à temps partiel, 29,4% sont des emplois à temps partiel temporaires et 70,6% sont des emplois à temps partiel permanents¹⁰. Les femmes sont très fortement surreprésentées autant dans les emplois à temps partiel permanents que temporaires. En premier lieu, elles occupent 76,5% des emplois à temps partiel permanents¹¹. Ainsi, 35,5% des femmes qui exercent un emploi atypique se trouvent dans cette forme d'emploi alors que celle-ci ne regroupe que 11 % des hommes en situation d'emploi atypique¹². En deuxième lieu, les femmes occupent 64 % des emplois à temps partiel temporaires. L'emploi à temps partiel temporaire occupe donc 10,8 % des femmes contre 6% des hommes¹³ (nous y reviendrons plus loin dans la section qui traite de l'emploi temporaire).

Figure 2



Données tirées de Luc CLOUTIER-VILLENEUVE, « Évolution de l'emploi atypique au Québec depuis 1997 », (2014) 15-3 *Flash-Info* 1-20, Tableau 2.

⁹ L. CLOUTIER-VILLENEUVE, préc., note 6, 2.

¹⁰ *Id.*

¹¹ L. CLOUTIER-VILLENEUVE, préc., note 6, Tableau 2.

¹² *Id.*, Tableau 2.

¹³ *Id.*

Cette surreprésentation des femmes dans l'emploi à temps partiel entraîne, par conséquent, une surreprésentation dans l'emploi précaire. Cette corrélation s'explique par le fait que l'emploi à temps partiel affecte la qualité du lien d'emploi, étant plus souvent associé à l'insécurité que ne l'est l'emploi à temps plein. Or, cette plus grande insécurité ne peut seulement s'expliquer par la semaine de travail plus courte¹⁴ puisque d'autres dimensions tels le taux de salaire horaire, la taille des établissements ainsi que la représentation syndicale contribuent à rendre ces emplois plus précaires. Ces caractéristiques, tel qu'il sera plus amplement démontré ci-après, expliquent pourquoi ces emplois sont plus souvent précaires que les emplois à temps plein.

D'abord, les travailleurs à temps partiel sont davantage à risque d'avoir un revenu insuffisant. En effet, le salaire horaire des travailleurs à temps partiel équivaut à 68 % de celui des travailleurs à temps plein en 2015 (17,11\$ pour les travailleurs à temps partiel contre 25,10\$ pour les travailleurs à temps plein). En plus d'être en moyenne moins rémunérés, les emplois à temps partiel sont plus souvent rémunérés au salaire minimum. Alors qu'au Québec, 2,5% des travailleurs à temps plein sont rémunérés au salaire minimum en 2015 (10,48\$/heure)¹⁵, c'est plutôt 16% des travailleurs à temps partiel qui le sont¹⁶. Les travailleurs à temps partiel constituent, conséquemment, 61,3% des travailleurs rémunérés au salaire minimum bien qu'ils ne constituent que 19,7% de la main-d'œuvre totale¹⁷.

La même observation vaut pour les emplois rémunérés à un taux horaire légèrement supérieur au salaire minimum : les travailleurs à temps partiel y sont encore surreprésentés. En effet, 37% des travailleurs à temps partiel occupent un emploi dont le taux horaire se situe entre le salaire minimum et 109,9% de celui-ci (inclusivement), comparativement à environ 7% des travailleurs à temps plein¹⁸.

¹⁴ L. F. VOSKO et L. F. CLARK, préc., note 7, p. 31.

¹⁵ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Annuaire québécois des statistiques du travail. Portrait des principaux indicateurs du marché et des conditions de travail, 2005-2015*, 12, Québec, 2016, en ligne : <<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/travail-remuneration/annuaire-v12.pdf>>, Tableau 5.44.

¹⁶ *Id.*, Tableau 3.8 et 5.52.

¹⁷ *Id.*, Tableau 3.8 et Figure 5.52.

¹⁸ Marc-André DEMERS, « Plus de 450 000 Québécois et Québécoises sont rémunérés au salaire minimum... ou presque », *Inst. Stat. Qué.* 2015, Tableau 2.

Incidentement, la surreprésentation des femmes au sein des emplois à temps partiel se traduit en une surreprésentation au sein des emplois à bas salaire. En effet, le travail à bas salaire affecte davantage les femmes que les hommes¹⁹. Les professeurs Vosko et Clark rapportaient que :

Looking within these forms of employment also reveals gendered patterns ; for example, over four times as many women as men in part-time permanent jobs and almost three times as many women as men in part-time temporary jobs earned less than \$10 per hour in 2007.²⁰

Or, le fait d'occuper un emploi à bas salaire accroît les risques de précarité puisqu'un employé à temps partiel, qui travaillerait le nombre d'heures hebdomadaires habituel pour ce régime de travail²¹, soit environ 17,8 heures par semaine, devrait gagner un salaire horaire supérieur à 25,26\$ afin d'avoir un revenu considéré comme adéquat pour une famille constituée d'une seule personne selon les seuils de faible revenu²². Sous ce seuil, une famille est susceptible de consacrer une part plus importante de son revenu à l'achat de nécessités de base comme la nourriture, le logement et l'habillement qu'une famille moyenne²³.

Par ailleurs, les emplois à temps partiel sont davantage susceptibles de se retrouver dans de petites entreprises, soit des établissements qui comptent moins de 20 employés²⁴, ce qui contribue à la faiblesse des salaires. Dans les petites entreprises, 65,5% des emplois atypiques sont des emplois à temps partiel et 21,2% des emplois, peu importe la forme, y sont faiblement rémunérés, comparativement à 3,9% des emplois dans les établissements comptant 100 employés et plus²⁵. Le salaire horaire y est en moyenne plus bas, les salaires allant en s'accroissant suivant la taille de l'établissement²⁶.

¹⁹ Les femmes constituent 59% de la main-d'œuvre à bas salaire. « [P]rès du quart des travailleuses occupent un emploi à bas salaire en 2015 contre un peu plus de 15% chez les travailleurs ». Luc CLOUTIER-VILLENEUVE, « Comment ont évolué l'emploi à bas salaire et celui mieux rémunéré au Québec chez les travailleuses et les travailleurs? », (2016) 3 *Cap Sur Trav. Rémunération*.

²⁰ L. F. VOSKO et L. F. CLARK, préc., note 7, p. 32.

²¹ Il s'agit des données pour le Québec, en 2013. INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 15, Tableau 6.4.

²² Seuils de faible revenu établis pour l'année 2013. STATISTIQUE CANADA (SC), *Enquête canadienne sur le revenu (ECR)*, fichiers maîtres, adapté par l'Institut de la statistique du Québec, 2016.

²³ STATISTIQUE CANADA, *Les seuils de faible revenu*, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/75f0002m/2009002/s2-fra.htm>>.

²⁴ L. CLOUTIER-VILLENEUVE, préc., note 6, Tableau 4.

²⁵ M.-A. DEMERS, préc., note 18, Tableau 2.

²⁶ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 15, Tableau 5.9.

Les emplois à l'intérieur des petits établissements sont également plus susceptibles d'être des emplois de qualité faible. Selon Statistique Canada, l'emploi à qualité faible désigne les emplois qui sont, soit à temps partiel involontaire, soit des emplois qui sont à la fois faiblement rémunérés²⁷ et qui présentent l'un ou plusieurs des éléments suivants : de qualification faible ; occupés par des travailleurs surqualifiés ; instables ou dont les heures habituelles de travail dépassent 41 heures par semaine²⁸. Il s'agit donc d'un concept comparable à celui d'emploi précaire. Ainsi, dans les établissements de moins de 20 employés, 37,7% des emplois se qualifient d'emplois à qualité faible alors que dans les entreprises de 100 employés et plus, seulement 17,5% des emplois dans les établissements de 100 employés et plus peuvent être qualifiés ainsi²⁹. Au surplus, ce sont plus souvent les femmes qui occupent ces emplois à qualité faible au sein de ces établissements (55,9%)³⁰.

À l'intérieur de ces établissements, les lois sont également plus difficiles à mettre en œuvre, comme c'est le cas par exemple, des lois en matière d'équité salariale. Finalement, les employés y bénéficient généralement d'un plus petit éventail de protections³¹.

En somme, la concentration des emplois à temps partiel dans les petits établissements a une forte incidence sur les salaires, sur la qualité des emplois, sur la mise en œuvre des lois et sur l'accès aux protections sociales. Occuper un emploi à temps partiel au sein d'un petit établissement représente ainsi un désavantage important qui a de lourdes répercussions sur les conditions de travail vécues par les femmes puisqu'elles sont beaucoup plus nombreuses à y travailler. En effet, parmi les travailleurs à temps partiel permanents, les femmes sont cinq fois plus nombreuses à travailler dans un petit établissement et parmi les travailleurs à temps partiel temporaires, elles y sont trois fois plus nombreuses.³² Autrement dit, les femmes se retrouvent davantage concentrées dans les petits établissements que les hommes. Alors que le « tiers de tous

²⁷ Les emplois rémunérés à moins de 15\$ l'heure.

²⁸ STATISTIQUE CANADA (SC), préc., note 5, en ligne:

<http://www.bdso.gouv.qc.ca/disco_layout_1/viewer?cn=cf_a150&wb=KEN_MA121021H0101_01&ws=Tableau&qp_p_element=7436&qp_p_niv_aff_temps=1&qp_p_id_temps=&qp_p_niv_aff_tertr=2&qp_p_id_tertr=6610&qp_p_session=368040>.

²⁹ Et 11,8% dans les établissements de 500 employés et plus. *Id.*

³⁰ *Id.*

³¹ R. S. ABELLA, préc., note 7, p. 77; S. BERNSTEIN, M.-J. DUPUIS et G. VALLEE, préc., note 7 aux pages 379-380; L. F. VOSKO et L. F. CLARK, préc., note 7, p. 32.

³² L. F. VOSKO et L. F. CLARK, préc., note 7, p. 32.

les travailleurs se trouvent dans des entreprises comptant moins de 50 employés », c'est 47% des femmes qui se retrouvent dans ce type d'établissement³³.

Troisièmement, les emplois à temps partiel sont également moins susceptibles d'être syndiqués³⁴. Or, la couverture syndicale est un bon indicateur à la fois de l'accès aux protections juridiques, au contrôle exercé sur les conditions de travail et aux salaires plus élevés. En 2015, l'écart entre la rémunération horaire des emplois syndiqués et celle des emplois non syndiqués était de 4,90\$ et cet écart n'a cessé d'augmenter depuis 2005 (alors que cet écart était de 3,87\$)³⁵. Par ailleurs, il est possible de lier ce troisième constat au deuxième, c'est-à-dire que la plus faible présence syndicale chez les travailleuses à temps partiel découle de la taille des établissements où ce travail est effectué. En effet, puisque « le régime de rapports collectifs de travail au Canada repose sur la syndicalisation par entreprise, et non par secteur ou profession, il est évident que la taille de l'entreprise va également affecter la présence syndicale »³⁶. De fait, le taux de présence syndicale dans les petites entreprises de moins de 20 employés est particulièrement bas (18,4%), comparativement à celui de l'ensemble des employés au Québec (39,4%) en 2015³⁷.

Cette faible présence syndicale dans l'emploi à temps partiel affecte, encore une fois, davantage les femmes travaillant à temps partiel. Ainsi, cinq fois plus de femmes que d'hommes dans les emplois à temps partiel permanents et trois fois plus de femmes que d'hommes dans les emplois à temps partiel temporaires ne sont pas représentées par un syndicat³⁸.

Ces données démontrent que le fait d'occuper un emploi à temps partiel emporte plusieurs désavantages qui s'ajoutent à celui de l'horaire de travail plus court. La surreprésentation des femmes au sein des emplois à temps partiel a, par conséquent, un fort impact sur l'inégalité des conditions de travail entre les hommes et les femmes. En d'autres mots, cette surreprésentation féminine dans l'emploi à temps partiel se traduit en conditions de travail plus désavantageuses. Cette corrélation entre l'emploi à temps partiel et les faibles salaires, l'absence de représentation collective et le fait qu'il s'exerce plus souvent dans de petits établissements, participe ainsi à rendre le travail des femmes plus susceptible d'être précaire.

³³ S. BERNSTEIN, M.-J. DUPUIS et G. VALLEE, préc., note 7, p. 361.

³⁴ L. CLOUTIER-VILLENEUVE, préc., note 6, Tableau 4.

³⁵ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 15, Tableau 5.8.

³⁶ S. BERNSTEIN, M.-J. DUPUIS et G. VALLEE, préc., note 7, p. 361.

³⁷ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 15, Tableau 3.25.

³⁸ L. F. VOSKO et L. F. CLARK, préc., note 7, p. 32.

2.1.1.2. Surreprésentation des femmes à l'intérieur de l'emploi temporaire

Le travail temporaire se distingue du travail typique par la durée du contrat de travail et désigne les emplois « dont la date de cessation est prédéterminée ou qui se terminer[ont] dès qu'un projet spécifique aura pris fin »³⁹. Cette catégorie comprend différentes formes : (1) les emplois saisonniers, qui sont d'une durée limitée chaque année, à la même période ; (2) les emplois à durée déterminée ou à forfait, qui se terminent à une date précise ou lorsque la tâche ou le projet est terminé ; (3) les emplois sur appel, qui sont parfois doublés d'une astreinte, ou les emplois occasionnels, dont l'horaire variable n'est pas établi au préalable ; (4) les emplois obtenus par l'intermédiaire d'une agence de placement temporaire⁴⁰.

Là encore, les femmes se retrouvent surreprésentées, bien que cette surreprésentation soit moins importante que dans le travail à temps partiel. Les femmes représentent 50,3% de l'ensemble des emplois temporaires, ce qui est légèrement plus important que leur part dans l'emploi total (49,4%)⁴¹. C'est toutefois en observant la répartition des différents types d'emplois temporaires que les différences entre les hommes et les femmes ressortent le plus clairement.

Aujourd'hui, le travail temporaire constitue près du tiers du travail atypique au Québec : 20% de la main-d'œuvre atypique occupe un emploi à temps plein temporaire et 10% occupent un emploi à temps partiel temporaire⁴². Il s'agit là d'une montée importante de la part de l'emploi temporaire et d'une transformation dans la nature de l'emploi atypique survenues depuis la fin des années 1990⁴³. En effet, le rapport Bernier rapportait qu'entre 1997 et 2001, 94,8% des emplois atypiques créés ont été des emplois salariés temporaires à temps plein⁴⁴. Cette recomposition semble être le fait du passage de certains emplois à temps partiel permanents et de certains emplois autonomes avec aide vers des emplois temporaires à temps plein⁴⁵. Ce changement s'affiche le plus clairement dans le secteur public puisqu'entre 2011 et 2013, la part d'emplois à temps plein temporaires s'est accrue de 8,6% concurremment à une baisse des

³⁹ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 15, p. 24.

⁴⁰ J. BERNIER, G. VALLEE et C. JOBIN, préc., note 2, p. 34.

⁴¹ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, préc., note 15, Tableau 3.18.

⁴² L. CLOUTIER-VILLENEUVE, préc., note 6, 2.

⁴³ J. BERNIER, G. VALLEE et C. JOBIN, préc., note 2, p. 60.

⁴⁴ *Id.*, p. 51.

⁴⁵ L. CLOUTIER-VILLENEUVE, préc., note 6, Tableau 2; J. BERNIER, G. VALLEE et C. JOBIN, préc., note 2, p. 63.

emplois à temps partiel permanent de 9,6%⁴⁶. Par conséquent, les emplois temporaires deviennent de plus en plus caractéristiques de l'emploi atypique salarié dans le secteur public où environ les deux tiers des travailleurs atypiques n'ont pas de lien d'emploi durable⁴⁷.

Ainsi, dans l'ensemble de la population, l'« emploi temporaire (+ 34,3%) croît davantage que l'emploi permanent (+ 19,9%) sur la période 1997-2006 »⁴⁸. Cette croissance de l'emploi temporaire touche, premièrement, l'emploi temporaire à durée déterminée (+ 52,7%) et, deuxièmement, l'emploi saisonnier (+ 29,4%). L'emploi occasionnel, pour sa part, a progressé de moins de 10%⁴⁹. Ce changement se manifeste tout autant chez les femmes où une augmentation dans l'emploi à temps plein temporaire correspond à une diminution dans l'emploi à temps partiel permanent⁵⁰.

Or, la composition des différents types d'emplois temporaires, c'est-à-dire des emplois saisonniers, à durée déterminée et occasionnels, permet de constater que le travail temporaire affecte bien différemment les hommes et les femmes. Si les femmes sont légèrement surreprésentées au sein de l'emploi temporaire en général, elles le sont, de façon plus significative à l'intérieur de certaines formes d'emploi temporaire. « [W]hen temporary forms of employment are broken down by type, a set of additional gendered patterns surfaces »⁵¹. En effet, les hommes occupent une large part des emplois saisonniers alors que les femmes occupent une large part des emplois occasionnels. Elles sont, par ailleurs, légèrement majoritaires au sein des emplois temporaires à durée déterminée⁵².

Cette répartition des emplois temporaires entre les hommes et les femmes peut s'expliquer par le fait que l'emploi à temps partiel est plus souvent de nature temporaire (31,7% des cas) que ne l'est l'emploi à temps plein (10,7% des cas)⁵³. Les femmes, étant très clairement surreprésentées à l'intérieur de l'emploi à temps partiel, il en découle que celles-ci sont aussi surreprésentées dans l'emploi temporaire, où se retrouve une grande part des emplois à temps

⁴⁶ L. CLOUTIER-VILLENEUVE, préc., note 6, Tableau 4.

⁴⁷ *Id.*, 9; Marie-France MARTIN, « L'emploi temporaire au Québec: portrait et évolution de 1997 à 2006 », (2007) 8-2 *Flash-Info* 5 à 11.

⁴⁸ M.-F. MARTIN, préc., note 47, 6.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ De 2011 à 2013, chez les femmes, l'emploi à temps partiel permanent a diminué de 3,7% concurremment à une augmentation équivalente de l'emploi à temps plein temporaire L. CLOUTIER-VILLENEUVE, préc., note 6, Tableau 2.

⁵¹ L. F. VOSKO et L. F. CLARK, préc., note 7, p. 31.

⁵² M.-F. MARTIN, préc., note 47; L. F. VOSKO et L. F. CLARK, préc., note 7, fig. 2.3.

⁵³ M.-F. MARTIN, préc., note 47, 8.

partiel⁵⁴. Tout d'abord, dans l'emploi occasionnel, où les horaires de travail sont principalement à temps partiel⁵⁵, six emplois sur 10 sont occupés par des femmes⁵⁶. Or, ces emplois sont caractérisés par une grande insécurité de revenu et d'emploi⁵⁷. L'emploi occasionnel se retrouve, en outre, presque exclusivement dans le secteur des services, avec une forte proportion présente dans les secteurs du commerce et des soins de santé et de l'assistance sociale⁵⁸.

De plus, les femmes sont légèrement majoritaires dans l'emploi temporaire à durée déterminée où elles constituent 53,2% de la main-d'œuvre⁵⁹. Ces emplois se retrouvent, en très grande partie, dans l'industrie des services⁶⁰ et dans le secteur des services d'enseignement, où travaillent plus d'un employé temporaire à durée déterminée sur 5⁶¹, soit un secteur fortement associé à l'emploi atypique⁶². Sans surprise, c'est également dans ce secteur que l'emploi à temps partiel temporaire est le plus présent, touchant le quart des travailleurs atypiques de cette industrie⁶³.

À l'inverse, les hommes se retrouvent dans les formes d'emploi temporaire à temps plein, c'est-à-dire surtout dans l'emploi saisonnier, où les horaires de travail sont presque exclusivement à temps plein⁶⁴. En effet, ils y occupent plus de 6 emplois saisonniers sur 10⁶⁵. Bien que la nature temporaire de ces emplois emporte un désavantage, certains segments de cette main-d'œuvre sont néanmoins historiquement associés à une meilleure protection que les autres formes d'emplois temporaires⁶⁶. Ces emplois se retrouvent principalement dans le secteur privé,

⁵⁴ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUEBEC, préc., note 15, Tableau 3.8.

⁵⁵ Il s'agissait de 66% des emplois occasionnels en 2006. M.-F. MARTIN, préc., note 47, Tableau 3.

⁵⁶ STATISTIQUE CANADA, *Tableau 282-0080 - Enquête sur la population active (EPA), estimations du nombre d'employés selon la permanence de l'emploi, le Système de classification des industries de l'Amérique du Nord (SCLAN), le sexe et le groupe d'âge*, CANSIM, en ligne: <<http://www5.statcan.gc.ca/cansim/a26>> (consulté le 19 août 2016).

⁵⁷ L. F. VOSKO et L. F. CLARK, préc., note 7, p. 31.

⁵⁸ STATISTIQUE CANADA, préc., note 56.

⁵⁹ M.-F. MARTIN, préc., note 47, Tableau 3.

⁶⁰ Environ 87,52% des emplois à durée déterminée sont dans le secteur des services.

⁶¹ M.-F. MARTIN, préc., note 47, 10; STATISTIQUE CANADA, préc., note 56.

⁶² Le taux de présence de l'emploi atypique y est de 41,1% : L. CLOUTIER-VILLENEUVE, préc., note 6, Tableau 5.

⁶³ En comparaison, l'emploi à temps partiel temporaire ne constitue que 12,8% de l'ensemble des emplois atypiques. *Id.*, Tableau 5.

⁶⁴ En effet, 74,4% des emplois saisonniers avaient un horaire de travail à temps plein en 2006.

⁶⁵ Données de 2015. STATISTIQUE CANADA, préc., note 56.

⁶⁶ L. F. VOSKO et L. F. CLARK, préc., note 7, p. 31.

plus précisément, dans les secteurs d'activités primaire, de la construction et de l'information, de la culture et des loisirs⁶⁷.

Cette répartition des emplois temporaires, sur la base d'une division entre emplois à temps partiel et emplois à temps plein, a pour effet d'exacerber les disparités entre les conditions de travail des hommes et des femmes. Pour les femmes en plus large partie, l'effet combiné de l'horaire de travail et de l'absence de durabilité du lien d'emploi fait de l'emploi temporaire à temps partiel, la forme la plus précaire d'emploi atypique. L'emploi temporaire à temps partiel se retrouve ainsi cantonné à l'extrémité la plus précaire du continuum décrit par la professeure Vosko⁶⁸.

À l'instar du travail à temps partiel, le désavantage que représente le travail temporaire en général s'explique par la faiblesse des salaires, relativement à ceux des emplois permanents, par une couverture syndicale plus faible ainsi que par les milieux où ces emplois se retrouvent (les secteurs d'activité et la taille des établissements).

Tout d'abord, au plan salarial, les emplois temporaires sont généralement moins bien rémunérés que les emplois permanents. En effet, si l'on considère la rémunération hebdomadaire, les emplois temporaires sont désavantagés par rapport aux emplois permanents, entre autres parce que les employés temporaires travaillent habituellement moins d'heures que leurs homologues permanents. Ainsi, la rémunération hebdomadaire des employés temporaires affiche un retard de 31,2% par rapport à celle des employés permanents⁶⁹.

Ce déficit dans la rémunération ne s'explique pas seulement par un nombre moindre d'heures travaillées, la rémunération par heure travaillée affiche également un retard. La preuve en est que pour l'ensemble des employés temporaires, la rémunération horaire (19,92\$) est inférieure à celle de leurs homologues permanents (24,15\$), soit un retard de 17,5%⁷⁰. La rémunération horaire des employés à temps partiel temporaires affiche un déficit encore plus grand par rapport à celle des employés typiques. Ce retard était de 34,3% par rapport à la rémunération des employés à temps plein permanents en 2006⁷¹. La surreprésentation des femmes dans les emplois occasionnels et dans une moindre mesure, dans les emplois à durée

⁶⁷ STATISTIQUE CANADA, préc., note 8; M.-F. MARTIN, préc., note 47, Tableau 3.

⁶⁸ C. J. CRANFORD et L. F. VOSKO, préc., note 4, p. 47.

⁶⁹ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUEBEC, préc., note 15, Tableau 5.27.

⁷⁰ *Id.*, Tableau 5.6.

⁷¹ Cette rémunération horaire est de 13,34\$ pour les emplois à temps partiel temporaires contre 20,29\$ pour les emplois à temps plein permanents. M.-F. MARTIN, préc., note 47, Tableau 4.

déterminée, où le travail à temps partiel est plus présent, les désavantage par conséquent sur le plan des revenus⁷².

Il s'en suit que le travail temporaire est davantage source de précarité financière chez les femmes que chez les hommes. Comme mentionné plus haut, les professeures Vosko et Clark révélaient que trois fois plus de femmes que d'hommes, à l'intérieur de l'emploi temporaire, gagnaient moins de 10\$ par heure en 2007⁷³. Ainsi, il semble y avoir une inégalité, à l'intérieur même du travail atypique, entre la rémunération des hommes et des femmes. Par exemple, le taux horaire des femmes qui occupent un emploi temporaire équivaut à 91,2% de celui des hommes qui occupent ce type d'emploi, un déficit qui s'est par ailleurs accru depuis 2005⁷⁴. Pour ce qui est de la rémunération hebdomadaire, ce ratio tombe à 75% entre les femmes, employées temporaires, et les hommes, employés temporaires⁷⁵.

Certaines disparités de rémunération peuvent s'expliquer par des caractéristiques propres aux différents secteurs d'activité, qui présentent de forts contrastes au niveau des salaires horaires. Tout d'abord, le secteur de la construction, où les emplois saisonniers sont très présents, se distingue par des salaires plus élevés que la moyenne⁷⁶ et par une faible présence d'emplois à bas salaire⁷⁷. En outre, le salaire horaire des employés temporaires dans le secteur de la construction se rapproche, à 99,4 %, de celui des employés permanents⁷⁸. En revanche, les emplois occasionnels se retrouvent davantage dans le secteur du commerce, un secteur qui se distingue par de plus bas salaires⁷⁹. L'écart entre le salaire horaire des emplois temporaires et des emplois permanents y est d'ailleurs très important : le salaire horaire des emplois temporaires équivaut à 66,2% de celui des emplois permanents⁸⁰.

Ces trois formes d'emploi temporaire diffèrent également en ce qui a trait à la représentation collective. D'abord, mentionnons que les emplois saisonniers, occupés en majorité

⁷² *Id.*, Tableau 3.

⁷³ L. F. VOSKO et L. F. CLARK, préc., note 7, p. 32.

⁷⁴ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUEBEC, préc., note 15, Tableau 5.16 et figure 5.16.

⁷⁵ *Id.*, Tableau 5.37.

⁷⁶ En 2015, les salaires horaires dans le secteur de la construction étaient environ 14% au dessus de la moyenne dans l'ensemble des secteurs. *Id.*, Tableau 5.11.

⁷⁷ L. CLOUTIER-VILLENEUVE, préc., note 19, Tableau 3.

⁷⁸ M.-F. MARTIN, préc., note 47, Tableau 4.

⁷⁹ En 2015, les salaires horaires dans le secteur du commerce étaient environ 24% en dessous de la moyenne dans l'ensemble des secteurs INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUEBEC, préc., note 15, Tableau 5.12.

⁸⁰ M.-F. MARTIN, préc., note 47, Tableau 4.

par les hommes, sont plus faiblement syndiqués, 26,6%, contre 40,5% chez les employés permanents⁸¹. L'emploi saisonnier est donc désavantagé sur ce plan par rapport aux emplois à durée déterminée et aux emplois occasionnels dont le taux de syndicalisation est respectivement de 43,5% et de 39,3%⁸². Malgré cela, davantage de femmes ne bénéficient pas d'une couverture syndicale si nous considérons le cas du travail temporaire à temps partiel, où trois fois plus de femmes que d'hommes n'étaient pas représentées par un syndicat en 2007⁸³.

Finalement, la taille des établissements où se retrouvent ces emplois se répercute également sur les disparités vécues par les travailleurs temporaires. Tout d'abord, les emplois temporaires sont davantage présents que les emplois permanents dans des établissements de petite taille, c'est-à-dire de moins de 20 employés. Ceci est plus particulièrement le cas des emplois saisonniers, qui s'exécutent, près d'une fois sur deux, dans un petit établissement⁸⁴. À l'intérieur de l'emploi temporaire à temps partiel, c'est cependant deux fois plus de femmes que d'hommes qui travaillaient dans un établissement de moins de 20 employés⁸⁵.

Ainsi, l'emploi temporaire chez les femmes semble être une plus grande source de précarité que chez les hommes. Bien que les femmes soient peu surreprésentées à l'intérieur de l'emploi temporaire en général, elles sont concentrées dans les formes d'emplois temporaires les plus précaires, soit les emplois temporaires à temps partiel. Par conséquent, le travail temporaire est, pour les femmes, davantage synonyme de conditions de travail défavorables que ne l'est l'emploi temporaire pour les hommes. Elles sont ainsi désavantagées sur les plans de la rémunération, de la taille des établissements où elles travaillent et de l'accès à la couverture syndicale.

⁸¹ *Id.*, Tableau 3.

⁸² *Id.*, Tableau 3.

⁸³ L. F. VOSKO et L. F. CLARK, préc., note 7, p. 32.

⁸⁴ M.-F. MARTIN, préc., note 47, Tableau 3.

⁸⁵ L. F. VOSKO et L. F. CLARK, préc., note 7, p. 32.

2.1.2. La représentation des femmes à l'intérieur du travail autonome : les femmes occupant les emplois les plus précaires

Le travail autonome est une forme atypique de travail qui est en progression constante depuis la fin des années 70⁸⁶. Au sein de cette catégorie d'emplois atypiques, les hommes demeurent surreprésentés, mais cette surreprésentation a diminué de manière progressive jusqu'à aujourd'hui. Au Québec, la proportion d'hommes dans l'emploi autonome est passée de 70,1% en 1990 à 61,8%, en 2015⁸⁷. La catégorie des travailleurs autonomes se distingue toutefois par la grande hétérogénéité des réalités qui la compose. Cette hétérogénéité se manifeste autant dans les diverses motivations qui amènent à occuper un emploi autonome que dans les revenus qui en sont tirés. Cette constatation s'oppose à une certaine idée, entretenue dans la société relativement au travail autonome, qu'il s'agit d'un mode de travail totalement distinct du travail salarié. Pourtant, le travail autonome est bien souvent motivé par l'absence de débouchés d'emplois salariés, tel qu'en témoigne la tendance à la croissance du travail autonome à l'heure des replis économiques⁸⁸.

Les différentes formes de travail autonome varient énormément en ce qui a trait au degré d'indépendance qui y est rattaché et plusieurs de ses formes sont touchées par un aspect ou l'autre de subordination⁸⁹. Bien que certains travailleurs autonomes engagent des aides rémunérés, une très forte majorité ne le fait pas et exécute personnellement la prestation de travail (87,2% en 2015)⁹⁰. La première catégorie a décliné depuis 1995 alors que, à l'inverse, la catégorie de travailleurs autonomes sans employés a progressé rapidement⁹¹. La catégorie des

⁸⁶ J. BERNIER, G. VALLEE et C. JOBIN, préc., note 2, p. 56; STATISTIQUE CANADA, *Tableau 282-0012 - Enquête sur la population active (EPA), estimations de l'emploi selon la catégorie de travailleur, le Système de classification des industries de l'Amérique du Nord (SCIAN) et le sexe, annuel (personnes)*, CANSIM, en ligne: <<http://www5.statcan.gc.ca/cansim/a47>> (consulté le 19 juillet 2016).

⁸⁷ STATISTIQUE CANADA, préc., note 86.

⁸⁸ Sébastien LAROCHELLE-COTE, « Le travail autonome pendant le repli économique », (2010) 11-3 *Empl. Revenu En Perspect.*, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/75-001-x/2010103/article/11138-fra.htm>> (consulté le 24 octobre 2016).

⁸⁹ Judy FUDGE, « Self-employment, Women, and Precarious Work: The Scope of Labour protection », dans *Precarious Work, Women and the New Economy. The Challenge to Legal Norms*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 201.

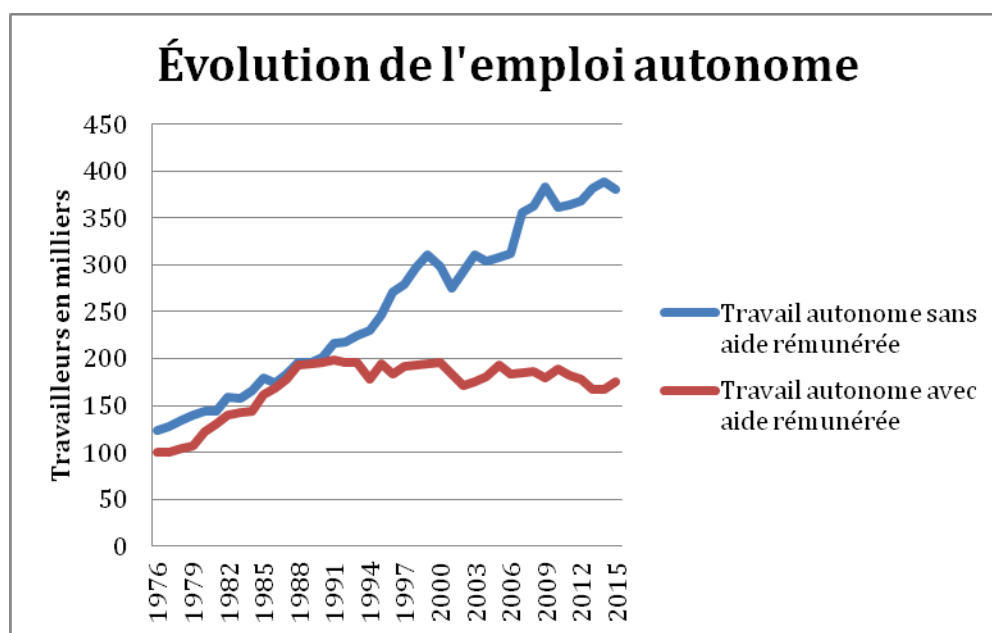
⁹⁰ STATISTIQUE CANADA, préc., note 86.

⁹¹ Paul-André LAPOINTE, « La qualité de l'emploi au Québec: portrait, évolution et causes », dans *La qualité du travail et de l'emploi au Québec: données empiriques et cadres conceptuels*, Presses de l'Université Laval, Québec, 2013, p. 57-130, p. 74; J. FUDGE, préc., note 89, p. 210.

travailleurs autonomes sans aide rémunérée est ainsi devenue la catégorie d'emploi atypique la plus importante au Québec⁹².

En parallèle, un nombre de plus en plus important de femmes et de travailleurs à temps partiel sont venus intégrer à leur tour les rangs du travail autonome⁹³. Il s'agit, par conséquent, d'une réelle reconfiguration du travail autonome et plusieurs auteurs s'inquiètent du fait que la féminisation du travail autonome révèle, en réalité, une précarisation de cette forme d'emploi⁹⁴. C'est pourquoi il faut étudier plus attentivement la répartition du travail autonome sous toutes ses formes, afin de voir quelles différences il y a entre le travail autonome effectué par les hommes et celui effectué par les femmes.

Figure 3



Source : STATISTIQUE CANADA, *Tableau 282-0012 - Enquête sur la population active (EPA), estimations de l'emploi selon la catégorie de travailleur, le Système de classification des industries de l'Amérique du Nord (SCIAN) et le sexe, annuel (personnes)*.

⁹² L. CLOUTIER-VILLENEUVE, préc., note 6, 4.

⁹³ Martine D'AMOURS, « Travail précaire et gestion des risques : vers un nouveau modèle social ? », *Lien Soc. Polit.* 2009.61.109, 109, DOI : 10.7202/038477ar.

⁹⁴ J. FUDGE, préc., note 89; Leah F. VOSKO et Nancy ZUKEWICH, « Precarious by Choice? Gender and Self-employment », dans *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 67-89.

Nous avons discuté plus haut du stéréotype associé au travail autonome, celui-ci étant perçu comme un modèle d'entrepreneuriat et comme un moyen d'accéder à l'autonomie et à l'indépendance financière. Ce stéréotype est cependant démenti par la détérioration des conditions de travail des travailleurs autonomes, en particulier des femmes, pour qui cette forme d'emploi est plus souvent empreinte de précarité. Les professeures Vosko et Zukewich démontrent cette précarisation du travail autonome à l'aide d'une série d'indicateurs qui renseignent sur la qualité des emplois. Ces indicateurs comprennent le degré de protection et les avantages sociaux, la stabilité d'emploi, le niveau de contrôle sur sa condition d'emploi et un revenu suffisant associé à l'emploi. Cette méthode a ainsi permis de classer les différentes formes d'emploi autonome à l'intérieur d'un continuum de précarité. Tel que les auteures l'ont exposé :

Contemporary self-employment is characterized by a continuum of increasing insecurity, moving from full-time employers to the full-time solo self-employed to part-time employers to the part-time solo self-employed. Along all indicators, full-time self-employed employers are least precarious, while along the majority of indicators, part-time solo workers are the most precarious.⁹⁵

Comme pour l'emploi temporaire, la distribution des emplois entre les hommes et les femmes à travers ce continuum a révélé des inégalités, puisque les femmes demeurent confinées à l'extrémité la plus précaire du spectre (tel qu'en témoigne le prochain tableau). Ce confinement dans les formes les plus précaires s'explique, selon les mêmes auteures, par la plus grande participation des femmes aux tâches domestiques. La volonté de concilier l'emploi aux besoins familiaux justifie parfois de « choisir » le travail autonome, bien que ce choix conduit à occuper un emploi autonome sans aide rémunérée et à temps partiel⁹⁶.

Tableau I : Part des femmes dans l'emploi autonome

Forme d'emploi	2000
	En pourcentage
Emploi autonome total	35
À temps plein avec aide rémunéré	24
À temps plein sans aide rémunéré	30
À temps partiel avec aide rémunéré	63
À temps partiel sans aide rémunéré	62

Source : Enquête sur le travail indépendant au Canada, 2000

⁹⁵ L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 94, p. 76.

⁹⁶ *Id.*, p. 74.

Ainsi, bien que les hommes forment toujours la plus large part de l'emploi autonome, cette surreprésentation se retrouve surtout au sein des emplois avec aide rémunérée, là où l'emploi autonome est le moins précaire, car associé aux meilleures conditions de travail. Au sein des emplois avec aide rémunérée, il y a 3,5 hommes pour une femme alors qu'au sein des emplois sans aide rémunérée, il y a 1,2 homme pour une femme⁹⁷. En isolant l'emploi autonome à temps plein avec aide rémunérée, autrement dit la forme caractérisée par la plus grande stabilité et le moins de précarité, cette surreprésentation des hommes est d'autant plus importante. Les hommes occupent en effet la grande majorité de ces emplois, soit 76%, tel que le démontrait le tableau précédent⁹⁸.

À l'opposé, si les femmes ont intégré l'emploi autonome, elles y ont intégré les formes les plus précaires. Au surplus, les femmes exercent le plus souvent seules⁹⁹. Il s'agit en effet d'une très forte majorité puisqu'en 2015, au Québec, 80,7% des travailleuses autonomes exerçaient seules comparativement à 60,3% des travailleurs autonomes masculins¹⁰⁰.

Or, cette caractéristique a un impact négatif sur le travail des femmes, car le fait d'exercer seul augmente le risque de précarité. Le travail autonome, lorsqu'il est exercé seul, est davantage associé aux dimensions de précarité que s'il est exercé avec au moins une aide rémunérée. Ceci s'explique par le fait, tout d'abord, que le travail autonome « sans aide » se confond davantage au travail salarié, et ce particulièrement lorsque les conditions d'exécution qui s'y rattachent comportent des éléments de subordination et de dépendance économique, surtout lorsque le travailleur n'a qu'un seul client¹⁰¹. À cet égard, les femmes sont plus susceptibles de dépendre du travail exercé pour un petit nombre de clients ou pour un ancien employeur. Également, elles sont plus susceptibles de travailler à partir de leur domicile ou bien à l'établissement du client, ce qui signifie que leur travail est davantage subordonné¹⁰². En d'autres mots, ces femmes sont plus susceptibles d'entrer dans la catégorie des « faux » travailleurs indépendants, c'est-à-dire une

⁹⁷ STATISTIQUE CANADA, préc., note 86.

⁹⁸ L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 94, Tableau 3.6.

⁹⁹ J. FUDGE, préc., note 89, p. 214.

¹⁰⁰ STATISTIQUE CANADA, préc., note 86.

¹⁰¹ Stéphanie BERNSTEIN, Urwana COIQUAUD, Marie-Josée DUPUIS, Laurence Léa FONTAINE, Lucie MORISSETTE, Esther PAQUET et Guylaine VALLEE, « Les transformations des relations d'emploi: une sécurité compromise? », (2009) 6-1 *Regards Sur Trav.* 19-29, 22.

¹⁰² J. FUDGE, préc., note 89, p. 214.

catégorie de travailleurs autonomes qui sont hautement subordonnés, mais qui demeurent exclus de la plupart des lois du travail.

Tout comme les travailleurs à temps partiel et temporaires, les travailleurs autonomes qui exercent seuls sont désavantagés, autant sur les plans de la rémunération, de l'accès aux avantages sociaux et de la stabilité d'emploi. D'autant plus que relativement à chacun de ces aspects, les femmes sont défavorisées par rapport aux hommes qui exercent dans la même catégorie d'emploi¹⁰³. Tout d'abord, les travailleurs autonomes sans aide rémunérée sont plus nombreux à avoir un revenu inférieur à 20 000\$ par année, et ce, quand bien même leur horaire est à temps plein. En effet, 25% des travailleurs autonomes à temps plein sans aide rémunérée avaient un revenu inférieur à ce seuil contre 10% des travailleurs à temps plein avec aide rémunérée en l'an 2000¹⁰⁴. À cet égard, la proportion des femmes ayant reçu un revenu inférieur à ce seuil est près de deux fois supérieure à celle de leurs homologues masculins¹⁰⁵.

À l'inverse, l'étude des revenus supérieurs révèle que les travailleurs autonomes sans aide rémunérée qui reçoivent un revenu supérieur à 60 000\$ par année sont très rares¹⁰⁶. Tout compte fait, l'écart est très important entre les revenus annuels moyens pour les travailleurs autonomes avec aide et sans aide rémunérée¹⁰⁷. Des données canadiennes, qui datent de 1999, indiquaient que le revenu annuel moyen (revenu net) des travailleurs autonomes avec aide rémunérée et sans aide rémunérée était respectivement de 46 825\$ et 16 918\$¹⁰⁸. Des écarts salariaux importants sont également observés entre les hommes et les femmes, à l'intérieur de ces deux catégories. Selon ces mêmes données, chez les employeurs, les femmes et les hommes gagnaient respectivement un revenu net moyen de 39 920\$ et 49 470\$, et chez ceux sans aide rémunérée, les femmes et les hommes gagnaient respectivement un revenu net moyen de 13 032\$ et de 19 769\$¹⁰⁹. De plus, ces revenus sont non seulement inférieurs à ceux des travailleurs salariés, mais l'écart entre les hommes et les femmes y est également plus important qu'au sein des emplois salariés où les revenus étaient de 26 015\$ pour les femmes et de 40 183\$ pour les hommes¹¹⁰.

¹⁰³ L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 94, Tableau 3.4 et 3.5.

¹⁰⁴ *Id.*, Tableau 3.5.

¹⁰⁵ 37% des femmes sans aide rémunérée et à temps plein contre 20% des hommes.

¹⁰⁶ L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 94, Tableau 3.5.

¹⁰⁷ J. FUDGE, préc., note 89, p. 212.

¹⁰⁸ *Id.*

¹⁰⁹ *Id.*

¹¹⁰ *Id.*

Le travail autonome est, par ailleurs, constitué d'un nombre de plus en plus important d'emplois à temps partiel. Cette croissance, depuis les années 1990, se fait surtout ressentir chez les travailleurs autonomes qui n'engagent pas d'aide rémunérée, où un travailleur sur quatre travaillait à temps partiel en 2000¹¹¹. En effet, chez les travailleurs autonomes qui exercent seuls, 42% des femmes et 16% des hommes travaillaient à temps partiel. Ces taux d'incidence du régime de travail à temps partiel sont près de deux fois supérieurs à ceux observés dans l'ensemble du travail salarié, à la fois chez les hommes et chez les femmes¹¹². C'est donc que cette forme de travail autonome est fortement associée au travail à temps partiel, ce qui explique la plus forte présence des femmes, ces dernières occupant la majeure partie des emplois à temps partiel en général. En effet, selon les données de l'Enquête sur le travail indépendant au Canada (datant de 2000)¹¹³, les femmes ont trois fois plus de chances que les hommes d'occuper un emploi autonome à temps partiel sans aide rémunérée, soit la forme d'emploi autonome la plus susceptible d'être précaire selon les indicateurs précédemment cités¹¹⁴. Elles constituent ainsi environ 62% des travailleurs autonomes à temps partiel¹¹⁵.

Cette présence dans l'emploi à temps partiel a, conséquemment, un impact sur la précarité vécue par les femmes à l'intérieur du travail autonome. Comme dans l'emploi salarié, les travailleurs autonomes à temps partiel affichent un déficit de rémunération important par rapport aux travailleurs à temps plein (des revenus qui risquent alors d'être insuffisants)¹¹⁶. Le groupe des travailleurs autonomes à temps partiel est, en effet, celui qui affiche le plus grand nombre de travailleurs ayant reçu une rémunération annuelle inférieure à 20 000\$ (48%), et cette proportion est supérieure chez les femmes (55%)¹¹⁷. Cet écart s'explique principalement par la différence dans le nombre d'heures travaillées.

De plus, les travailleurs autonomes à temps partiel sont plus précaires en ce qui a trait à l'accès à la protection sociale. Les travailleurs à temps partiel sont, de fait, beaucoup moins nombreux à recevoir des bénéfices sociaux tels que les régimes d'assurance-maladie,

¹¹¹ *Id.*, p. 211.

¹¹² *Id.*; L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 94, Tableau 3.1.

¹¹³ Benoit DELAGE, CANADA et DÉVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES CANADA, *Résultats de l'enquête sur le travail indépendant au Canada*, Hull, Développement des ressources humaines Canada, 2002.

¹¹⁴ L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 94, Tableau 3.1.

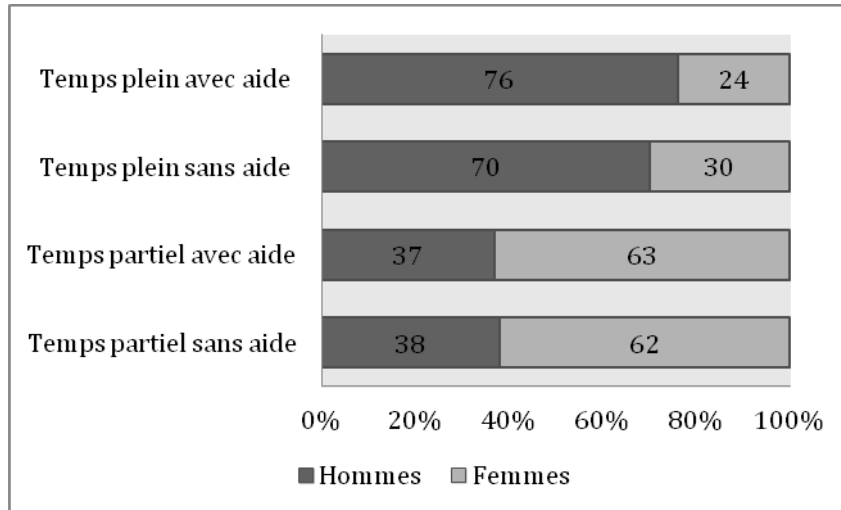
¹¹⁵ *Id.*, Tableau 3.6.

¹¹⁶ J. FUDGE, préc., note 89, p. 211.

¹¹⁷ L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 94, Tableau 3.5.

d'assurance-dentaire et d'assurance-invalidité et un nombre encore plus limité d'entre eux ont accès à ces trois régimes¹¹⁸.

Figure 4 : Répartition des emplois autonomes selon le sexe



Source : Statistique Canada, Enquête sur le travail indépendant, 2000¹¹⁹

En somme, le travail autonome, qui est en métamorphose depuis quelques années, s'éloigne de plus en plus du modèle d'entrepreneuriat et d'autonomie financière qu'il représentait autrefois. Non seulement une part de plus en plus importante des emplois autonomes s'exerce seul, sans aide rémunérée, mais bon nombre de ces emplois présentent des indices de subordination qui les amènent à ressembler davantage à l'emploi salarié. Ces emplois autonomes sont, par ailleurs, plus fréquemment des emplois à temps partiel qu'ils ne l'étaient par le passé. Parmi ces transformations, il y a eu aussi l'arrivée d'un plus grand nombre de femmes dans l'emploi autonome. Elles ont cependant intégré les formes d'emplois autonomes les plus marquées par la subordination, c'est-à-dire qui se rapprochent le plus du travail salarié, et les emplois autonomes à temps partiel. En somme, la participation des femmes dans l'emploi autonome semble entraîner son lot de précarité, une précarité qu'elles éprouvent davantage que leurs homologues masculins.

¹¹⁸ *Id.*, Tableau 3.4.

¹¹⁹ *Id.*, Tableau 3.6.

2.2. Tentative d'explication : féminisation de l'emploi

Comment expliquer cette prédominance des femmes au sein des formes d'emplois les plus précaires? Si plusieurs auteurs se sont intéressés à la question de la flexibilisation des formes d'emploi et à la question de la détérioration des conditions de travail qu'elle semble entraîner, plus rares sont ceux qui se sont intéressés au caractère sexué du phénomène de la précarisation de l'emploi et à ce qui peut l'expliquer¹²⁰. Or, comprendre les origines de la féminisation de l'emploi précaire peut aussi aider à entrevoir comment il sera possible de favoriser une plus grande égalité et de meilleures conditions de travail.

Ainsi, le travail précaire est associé au genre féminin puisque les femmes sont plus susceptibles d'occuper des emplois de faible qualité, auxquels sont associés des revenus insuffisants, des bénéfices et une protection syndicale moindres¹²¹. La présente section est consacrée à démontrer comment une interrelation de plusieurs facteurs d'ordre systémique est à l'origine de la prédominance des femmes dans le travail précaire. En effet, cette position peu convoitée n'origine pas de différences entre les individus eux-mêmes¹²², mais d'un système qui perpétue les inégalités.

La compréhension des dynamiques de l'emploi précaire nécessite aussi de regarder au-delà du marché de l'emploi¹²³ jusque dans la sphère privée, étant donné que la position des femmes en emploi est intrinsèquement liée aux relations entre les sexes. Il s'agit donc d'une continuité vécue dans le changement (*continuity through change*)¹²⁴, soit d'inégalités entre certains groupes de travailleurs qui subsistent dans le nouveau contexte de la diversification des formes d'emploi. En effet, les groupes traditionnellement discriminés de la société, tels que les femmes, les autochtones et les immigrants, se retrouvent surreprésentés dans les nouvelles formes d'emploi précaires. Ces groupes sont ainsi les premières victimes de l'érosion de la norme

¹²⁰ Kerry RITTICH, « Feminization and Contingency: Regulating Stakes of Work for Women », dans *Labour Law in an Era of Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 117-136, p. 118.

¹²¹ Marisa C. YOUNG, « Gender Differences in Precarious Work Settings », dans *Relations industrielles*, 2010, p. 74-97.

¹²² Patricia HUGHES, « Remedying the Experiences of Vulnerable Workers: Links with Employment Equity », dans *Employment Equity in Canada: The Legacy of the Abella Report*, Toronto Buffalo London, University of Toronto Press, 2014, p. 176-194, p. 187.

¹²³ Leah F. VOSKO, « Precarious Employment: Towards an Improved Understanding of Labour Market Insecurity », dans *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 4-39, p. 4.

¹²⁴ *Id.*

d'emploi permanent à temps plein¹²⁵. Le concept de féminisation des normes d'emploi, qui désigne la prolifération des formes d'emplois traditionnellement associées à la sphère féminine, servira ainsi à comprendre cette dynamique de continuité dans le changement. Tel que l'expliquent les professeures Cynthia J. Cranford et Leah F. Vosko :

[...] the feminization of employment norms [...] encompasses four facets of racialized and gendered labour market trends : high levels of formal labour force participation among women; continuing industrial and occupational segregation; income and occupational polarization both between women and men and among the sexes by social locations such as race, ethnicity, and immigrant status; and the gendering of jobs to resemble more precarious work associated with women and other marginalized groups assumed to have access to alternative sources of subsistence beyond wages.¹²⁶

C'est pourquoi la place désavantageuse des femmes au sein de l'emploi précaire peut s'expliquer, d'une part, par la structure du marché de l'emploi, basée sur la séparation entre la sphère privée et la sphère publique et, d'autre part, par une continuité des inégalités au sein du marché de l'emploi, autrement dit, par des pratiques discriminatoires qui proviennent, en partie, des employeurs.

2.2.1. Structure du marché de l'emploi

Premièrement, la réorganisation du marché de l'emploi survient à l'intérieur d'une structure basée sur une séparation étanche entre deux sphères : le travail d'un côté et la vie privée de l'autre¹²⁷. Autrement dit, le travail productif exige une disponibilité pleine et entière de la personne lors de ses heures de travail, ce qui rend le travail parfois incompatible avec l'exercice des fonctions familiales. Avec l'entrée massive des femmes sur le marché du travail, l'enjeu de la conciliation entre le travail et la famille a rendu nécessaire l'aménagement du temps de travail en fonction de l'objectif de maintenir cette séparation entre le travail et la vie privée¹²⁸.

¹²⁵ Cynthia J. CRANFORD, Leah F. VOSKO et Nancy ZUKEWICH, « The Gender of Precarious Employment in Canada », dans *Relations industrielles*, 58, 2003, p. 454-474, p. 474.

¹²⁶ C. J. CRANFORD et L. F. VOSKO, préc., note 4, p. 46.

¹²⁷ Joanne CONAGHAN, « Time to Dream? Flexibility, Families, and the Regulation of Working Time », dans *Precarious Work, Women and the New Economy. The Challenge to Legal Norms*, coll. Onati International Series in Law and Society, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 101.

¹²⁸ *Id.*

La recherche d'accommodement, par l'apparition des emplois à temps partiel, à domicile et autres emplois qui s'écartent de la norme de l'emploi permanent à temps plein, coïncide alors avec ce nouveau besoin d'aménager la durée et les horaires de travail selon les obligations familiales. Ces formes d'emploi ont donc, traditionnellement, été associées au travail des femmes, ces dernières, malgré l'augmentation de leur participation dans le travail productif, ayant continué d'effectuer la majeure partie des tâches domestiques¹²⁹. Le rôle des femmes en emploi était, par conséquent, de fournir un revenu d'appoint tout en continuant d'occuper le rôle traditionnel qui leur était attribué au sein de la famille. Les hommes, quant à eux, continuaient d'occuper le rôle du pourvoyeur familial¹³⁰.

Aujourd'hui, cette réalité est toutefois dépassée, alors que les familles dépendent de plus en plus de deux revenus, les femmes étant parfois la source principale de revenu ou l'unique source (par exemple, les mères monoparentales ou divorcées). Ainsi, les femmes dépendent davantage de l'emploi au moment même où celui-ci se transforme et se précarise¹³¹.

De plus, dans le contexte économique actuel, « la concurrence est devenue plus sensible à l'importance du facteur temps », ce qui a amené de nombreux employeurs à demander à leur personnel d'accepter des horaires de travail plus flexibles, moins adaptés à la vie sociale et parfois plus longs¹³². Cette exigence a donc mené à la prolifération des formes d'emplois traditionnellement associées au genre féminin, ce qui participe à la féminisation de l'emploi définie plus haut¹³³.

En raison de la montée de l'emploi atypique, traditionnellement associé au travail des femmes, il y a eu détérioration des conditions de travail pour une large partie de la population et celle-ci affecte aujourd'hui certains groupes d'hommes, surtout les plus jeunes¹³⁴. La montée du travail atypique, tel qu'expliqué dans le premier chapitre du mémoire, est donc synonyme du nivèlement des conditions de travail vers le bas. Ce nivèlement vers le bas se manifeste,

¹²⁹ J. FUDGE et R. J. OWENS, préc., note 3, p. 15.

¹³⁰ Vicki SCHULTZ et Allison HOFFMAN, « The Need for a Reduced Workweek in the United States », dans *Precarious Work, Women and the New Economy. The Challenge to Legal Norms*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 131.

¹³¹ *Id.*

¹³² COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, préc., note 1, p. 25.

¹³³ J. FUDGE et R. J. OWENS, préc., note 3, p. 12.

¹³⁴ C. J. CRANFORD, L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 125, p. 471; S. BERNSTEIN, M.-J. DUPUIS et G. VALLEE, préc., note 7.

notamment, par la polarisation des conditions de travail entre, d'un côté, les hommes qui sont plus nombreux à occuper un emploi à temps plein permanent, et de l'autre, les hommes et les femmes dans les autres formes d'emploi¹³⁵.

Malgré le fait que cette détérioration des conditions d'emploi affecte un vaste ensemble de travailleurs, les femmes demeurent les plus affectées par ce phénomène. Ce fait s'explique en partie par les rapports de genre qui sous-tendent l'organisation du travail. La féminisation de l'emploi (la multiplication des formes d'emplois traditionnellement associées à la sphère féminine) a ainsi remis en question la division problématique entre le travail productif et le travail domestique¹³⁶. Cette multiplication des formes dans une optique de flexibilisation a eu comme conséquence de brouiller les frontières entre les deux sphères. En effet, cette flexibilisation, en augmentant le contrôle de l'employeur sur le travail, a également rendu ce travail plus imprévisible et donc moins compatible avec les obligations familiales¹³⁷. Les femmes sont ainsi les plus désavantagées par ce flou des frontières, tel que l'énonce Kerry Rittich :

Because women perform the bulk of unpaid tasks, the displacement of a growing number of costs and responsibilities to the 'private' sphere, whether by the employer or the state, is likely to increase burdens and have significant negative distributional effects for women¹³⁸.

Dans ce contexte, le droit du travail aurait pu jouer un rôle afin de définir l'emploi formel et délimiter les frontières entre le travail rémunéré et le travail non rémunéré. Or, le droit a échoué dans ce rôle en omettant de mettre en place une réglementation efficace du temps de travail¹³⁹. Le droit du travail, en gardant comme norme de référence l'horaire de travail à temps plein a fait abstraction du lien qui prévaut entre le travail et les fonctions familiales et du fait que les femmes continuent d'effectuer la majeure partie de ces fonctions.

Ce contexte de la division inégale des tâches domestiques permet de mettre en perspective le soi-disant choix effectué par les femmes au sein du marché de l'emploi. Dans les mots de la juge Rosalie Abella, le manque de « débouchés d'emploi adéquats, selon les femmes et les employeurs, est lié aux choix de carrière que font les femmes »¹⁴⁰. Or, que vaut ce « choix »

¹³⁵ C. J. CRANFORD, L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 125, Tableau 4.

¹³⁶ K. RITTICH, préc., note 120, p. 120.

¹³⁷ *Id.*

¹³⁸ *Id.*, p. 128.

¹³⁹ *Id.*, p. 125.

¹⁴⁰ R. S. ABELLA, préc., note 7, p. 27.

lorsque les femmes sont poussées vers le travail atypique en raison de la division inégalitaire du travail domestique à l'intérieur de la cellule familiale combinée à l'inadéquation du marché du travail traditionnel face à cette réalité¹⁴¹? En effet, davantage de femmes que d'hommes « choisissent » d'occuper une forme de travail atypique afin de répondre à leurs obligations familiales : 12,6% des femmes contre 2% des hommes¹⁴².

En examinant, plus précisément, les raisons qui motivent le choix d'occuper un emploi à temps partiel, on observe que 42,8 % des femmes qui ont choisi de travailler à temps partiel mentionnent les soins aux enfants et autres obligations familiales et personnelles parmi l'ensemble des raisons invoquées, et ce, contrairement à une proportion quasiment nulle d'hommes¹⁴³. Les professeure Leah Vosko et Nancy Zukewich ont également examiné les raisons qui motivent le « choix » du statut de travailleur autonome afin de révéler dans quelle mesure celui-ci est en réalité lié au rôle traditionnel de la femme dans la famille. Ces auteures ont exposé que les femmes choisissent le travail autonome, non pour des raisons entrepreneuriales, mais pour des raisons qui sont liées à la gestion du temps de travail.

[...] nearly a quarter of women cite “flexible hours” or “balancing work and family” as their main reason for becoming self-employed, while few men mention “time-related reasons”.¹⁴⁴

À l'intérieur de la catégorie des travailleurs autonomes sans aide rémunérée et à temps partiel (là où les femmes sont très présentes), 38% des femmes ont cité des raisons liées à la gestion du temps contrairement à une portion infime des hommes¹⁴⁵. Ces derniers ont, quant à eux, cité des valeurs entrepreneuriales comme le motif principal (à 42%) de travailler à son compte. Si l'on regarde plutôt les raisons citées pour travailler à temps partiel en fonction du sexe et de l'âge, les données sont également révélatrices. Chez les travailleuses autonomes à temps partiel âgées de 25 à 54 ans, 37% des travailleuses sans aide rémunérée et 49% des travailleuses avec aide rémunérée rapportent comme raison principale de travailler à temps partiel le fait de devoir prendre soin des enfants ou d'avoir à assumer des responsabilités personnelles ou familiales, comparativement à une proportion marginale d'hommes¹⁴⁶. Les

¹⁴¹ L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 94.

¹⁴² S. BERNSTEIN, M.-J. DUPUIS et G. VALLEE, préc., note 7.

¹⁴³ P.-A. LAPOINTE, préc., note 91, Tableau 4.

¹⁴⁴ L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 94, p. 70.

¹⁴⁵ L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 94, Tableau 3.3.

¹⁴⁶ *Id.*, Tableau 3.8.

femmes qui citent ces raisons reliées aux obligations familiales sont néanmoins considérées comme ayant volontairement « choisi » ce type de travail.

À la lumière de ces dernières données, la surreprésentation des femmes dans les formes d'emploi les plus précaires peut s'expliquer par le fait qu'elles choisissent des formes d'emploi non traditionnelles dans le but de rencontrer leurs obligations familiales. Cette hypothèse rejoint celle de la théorie du choix rationnel (plus communément connue sous le vocable de théorie du capital humain). Cette théorie insiste sur le rôle des choix individuels et des investissements en capital humain afin d'expliquer l'obtention d'emplois offrant plus de sécurité et une meilleure rémunération. Cette théorie soumet par ailleurs que l'effet de ces facteurs est le même pour les hommes et pour les femmes¹⁴⁷. Ainsi, les personnes qui investissent davantage dans leur carrière par l'éducation, l'expérience, l'acquisition de compétences et la formation devraient être récompensées par des emplois de meilleure qualité puisqu'elles acquièrent une plus grande valeur aux yeux de l'employeur¹⁴⁸.

À l'inverse, la famille influence également les opportunités d'emploi dans la mesure où les personnes qui privilégient leur famille au détriment de leur travail seront moins estimées par leur employeur et auront, par conséquent, des emplois plus précaires¹⁴⁹. Ces déterminants familiaux correspondent à des facteurs tels que le statut marital, le nombre d'enfants, le temps dédié au soin des enfants ainsi qu'aux tâches domestiques. Selon cette théorie, si les femmes ont des emplois plus précaires, c'est parce qu'elles investissent plus de temps dans leurs responsabilités familiales et qu'elles sont plus portées à faire des choix compatibles avec ces responsabilités¹⁵⁰.

Or, le problème avec cette théorie, et plus généralement avec le fait d'invoquer les choix effectués par les femmes afin d'expliquer la dimension sexuée de l'emploi précaire, est que cela insinue qu'il est justifié que les femmes soient désavantagées par cette division inégalitaire des fonctions familiales. À l'instar d'une conception libérale classique, cette théorie suggère que les femmes sont pénalisées par leurs choix, qui les amènent à occuper un plus grand rôle dans la sphère privée et, conséquemment, qu'elles ne le seraient pas si elles faisaient d'autres choix. C'est donc que « les femmes ont un « choix » à exercer « librement » et si elles optent pour la

¹⁴⁷ M. C. YOUNG, préc., note 121, p. 76 et 95.

¹⁴⁸ *Id.*, p. 77.

¹⁴⁹ *Id.*

¹⁵⁰ *Id.*, p. 78.

maternité, elles doivent en assumer pleinement (et souvent seules) les conséquences - physiques, psychologiques, politiques, économiques et sociales »¹⁵¹. Les tribunaux ont toutefois rejeté ce raisonnement¹⁵², tel qu'il sera expliqué plus loin. De plus, en qualifiant ce choix de « rationnel », cette théorie semble ignorer le fait qu'une interrelation de plusieurs facteurs, reliés aux rapports hommes-femmes, peut révéler, en réalité, l'existence d'un choix imposé (« forced choice »)¹⁵³. Examiner le contexte dans lequel s'exerce ce choix permet ainsi de mieux le concevoir, soit en reconnaissant les contraintes associées aux genres et les contraintes systémiques qui déterminent les choix ainsi que les contradictions qui peuvent les habiter¹⁵⁴. Tel que l'a souligné le professeur Paul-André Lapointe :

Par exemple, la situation des femmes en emploi à temps partiel volontaire, en raison de responsabilités familiales qu'elles assument, s'explique-t-elle par des choix individuels ou par des contraintes culturelles et institutionnelles ? Le choix d'un statut d'emploi peut certes relever d'un choix individuel, mais le fait que le choix s'accompagne d'une qualité de l'emploi inférieure relève-t-il également de préférences individuelles ?¹⁵⁵

En effet, une mise en contexte suffit à douter de la possibilité d'exercer un véritable choix lorsque celui-ci entraîne la soustraction à bon nombre de mesures de protection sociale. Ce serait plutôt l'inadéquation du marché du travail traditionnel qui pousserait les femmes vers le travail atypique¹⁵⁶. « [I]t is not clear what choice means in this context, since women may work part-time because of lack of support, such as child care, in meeting their family responsibilities »¹⁵⁷. De ce fait, « many are trading off a high degree of precariousness and dependency in return for the ability to better manage the multiple demands of the double day »¹⁵⁸.

¹⁵¹ Michelle BOIVIN, « Les acquis du féminisme en droit: reconceptualisation de la représentation des femmes et de leur place dans la société canadienne », (1995) 36-1 *Cah. Droit* 27, 36.

¹⁵² *Brooks c. Canada Safeway Limited*, [1989] 1 R.C.S. 1219.

¹⁵³ L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 94.

¹⁵⁴ Diana MAJURY, « Women Are Themselves to Blame: Choice as a Justification for Unequal Treatment », dans *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009, p. 209-243, p. 213.

¹⁵⁵ P.-A. LAPOINTE, préc., note 91, p. 58.

¹⁵⁶ S. BERNSTEIN, M.-J. DUPUIS et G. VALLEE, préc., note 7.

¹⁵⁷ P. HUGHES, préc., note 122, p. 181; R. S. ABELLA, préc., note 7, p. 204.

¹⁵⁸ L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 94, p. 86 et 87.

2.2.2. Continuité des inégalités

Or, ce choix, qui n'en est pas un, ne peut expliquer à lui seul la place des femmes dans l'emploi précaire. Concurrément à la théorie du choix rationnel, la théorie de la stratification des emplois selon le sexe offre une différente explication. Cette théorie, tout en ne contestant pas le fait que les investissements en capital humain produisent des récompenses en terme de qualité d'emploi, suggère, en complément, que des inégalités entre les hommes et les femmes font qu'ils ne bénéficient pas de la même manière de tels investissements¹⁵⁹. Cette situation résulte, en partie, de pratiques discriminatoires de la part des employeurs et donc de la continuité des inégalités en emploi.

Alors qu'une polarisation s'observe de plus en plus entre les conditions de travail des hommes en fonction des formes d'emplois qu'ils occupent, la continuité des inégalités entre les hommes et les femmes maintient des écarts autant entre les formes d'emploi, qu'à l'intérieur d'une même forme d'emploi¹⁶⁰. Ces écarts s'observent, entre autres, entre les conditions de travail des hommes et des femmes à l'intérieur de l'emploi typique, la forme censée être la moins précaire. C'est donc que le travail à temps plein et permanent ne semble pas être aussi avantageux pour les femmes que pour les hommes. Les femmes qui occupent un emploi permanent à temps plein sont plus susceptibles que les hommes de travailler dans un petit établissement, elles sont moins susceptibles de bénéficier d'une couverture syndicale et gagnent, en moyenne, un salaire horaire équivalant à 82% de celui des hommes¹⁶¹. En somme, il s'agit d'un phénomène de continuité dans le changement puisqu'à l'inégalité de genre, qui a toujours été présente à l'intérieur de l'emploi typique, s'ajoute désormais une inégalité qui découle des formes d'emploi, alors que les femmes occupent les emplois les plus précaires.

Par exemple, en terme d'égalité de rémunération, le rapport de la juge Abella soulignait qu'une partie de l'écart salarial entre les hommes et les femmes était attribuable à des facteurs comme l'expérience, les études, la formation et les périodes d'inactivité, mais qu'une autre partie était attribuable à la discrimination¹⁶². Selon ce rapport, les inégalités perdurent depuis l'arrivée des femmes sur le marché du travail et sont liées aux répercussions des pratiques d'emploi qui

¹⁵⁹ M. C. YOUNG, préc., note 121, p. 78.

¹⁶⁰ C. J. CRANFORD, L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, préc., note 125, p. 472.

¹⁶¹ *Id.*, p. 469 et 471.

¹⁶² R. S. ABELLA, préc., note 7, p. 262.

entravent les possibilités des femmes sur le plan systémique¹⁶³. Selon cette analyse d'un point de vue systémique et conformément à une définition objective de la discrimination, il faut mettre l'accent sur les résultats, sous la forme de répercussions statistiques, et non sur l'intention de l'employeur ou le comportement sous-jacent¹⁶⁴. En l'occurrence, ces résultats statistiques établissent que les femmes sont surreprésentées dans l'emploi précaire, en plus d'avoir un salaire horaire moyen et des gains moyens annuels inférieurs, d'être surreprésentées parmi les travailleurs faiblement rémunérés et parmi les travailleurs au salaire minimum (catégorie qu'elles occupent au 2/3)¹⁶⁵.

Nous soutenons que ces inégalités ne peuvent uniquement être expliquées par les choix effectués par les femmes. Certains groupes continuent d'avoir accès à moins d'opportunités d'emploi en raison de pratiques ou d'attitudes discriminatoires tel que le révèle la théorie de l'intersectionnalité. Selon cette approche, il faut envisager l'interaction entre la position sociale et un « réseau de systèmes de privilèges et d'oppression »¹⁶⁶. Ainsi, ces systèmes de privilèges et d'oppression interagissent entre eux pour produire différents niveaux d'injustice en fonction de la position sociale des individus, c'est-à-dire que le concept tente de mesurer l'impact de discriminations multiple, dues au sexe, à l'origine ethnique, au handicap ou à l'orientation sexuelle. Cette approche aide alors à mieux comprendre les inégalités en emploi, en prédisant que l'intersection entre plusieurs motifs de discrimination participe à créer des opportunités distinctes pour chaque groupe¹⁶⁷ et ce, par un renforcement de la discrimination à leur endroit. Par exemple, la discrimination dont sont victimes les femmes autochtones est unique parce qu'elle est différente de celle qui est vécue par les femmes noires et différente de celle qui est vécue par les femmes blanches¹⁶⁸.

L'emploi précaire reflète donc cette continuité des inégalités dans la société, non seulement l'inégalité entre les genres, mais aussi celle qui affecte les groupes minoritaires. Il faut

¹⁶³ *Id.*, p. 213.

¹⁶⁴ Peter C. ROBERTSON, « Strategies for Improving the Economic Situation of Women: Systemic Rhinking, Systemic Discrimination, and Systemic Enforcement », dans *Equal Employment Policy for Women: Strategies for Implementation in the United States, Canada, and Western Europe*, Ronnie Steinberg, Philadelphie, Temple University Press, 1980, p. 130.

¹⁶⁵ S. BERNSTEIN, M.-J. DUPUIS et G. VALLEE, préc., note 7.

¹⁶⁶ Kim ENGLAND, « Women, Intersectionality, and Employment Equity », dans *Employment Equity in Canada: The Legacy of the Abella Report*, Toronto Buffalo London, University of Toronto Press, 2014, p. 71 à 98, p. 74.

¹⁶⁷ Irene BROWNE et Joya MISRA, « The Intersection of Gender and Race in the Labor Market », (2003) 29 *Annu. Rev. Sociol.* 487 à 513; K. ENGLAND, préc., note 166, p. 74 et 75.

¹⁶⁸ K. ENGLAND, préc., note 166, p. 80 et s.

éviter de regarder le genre comme une catégorie uniforme, les relations entre les genres demeurant façonnées par la race, l'ethnicité, le statut d'immigrant, l'âge, le handicap, etc. En étudiant la répartition des dimensions de précarité à travers les différents groupes qui composent le marché de l'emploi, et en tenant compte de l'intersectionnalité, des tendances discriminatoires se dessinent. Ainsi, les auteures Cranford et Vosko observent une forte relation entre les positions raciales et de genre et les dimensions de précarité, indépendamment de la forme d'emploi¹⁶⁹.

White men are less precarious than white women, consistently across all dimensions, just as they are less precarious than both women and men of colour. The differences between white men and the other three groups are the largest along the dimensions of income and social wage [...]¹⁷⁰

Ensuite, le contraste entre les trois autres groupes, les femmes blanches, les femmes de couleur et les hommes de couleur, varie davantage en fonction des dimensions étudiées. Ce contraste est le plus prononcé en ce qui a trait à la rémunération : les femmes blanches et les femmes de couleur sont en effet significativement plus nombreuses que les hommes de couleur à occuper un emploi au salaire minimum, à gagner un salaire sous les seuils de la pauvreté, de faible revenu, etc.¹⁷¹

Ces données démontrent que, non seulement les femmes sont plus concentrées dans les formes d'emploi qui sont généralement plus précaires, mais qu'à l'intérieur de chacune de ces formes, elles sont affectées plus durement par les dimensions de précarité et encore plus durement si elles font partie d'une minorité visible. Ceci révèle l'importance de regarder au-delà de la forme d'emploi afin d'examiner les dimensions de précarité. Ce faisant, on découvre que les femmes immigrantes de couleur sont plus susceptibles de travailler à temps plein et pour un plus grand nombre d'heures que les femmes blanches, mais qu'elles demeurent malgré tout moins rémunérées¹⁷².

De plus, ceci s'ajoute à la ségrégation occupationnelle vécue par les différents groupes de femmes, qui indique un accès différencié (ou inégal) au marché du travail qui se manifeste par une différence dans la distribution d'une série d'occupations entre deux groupes¹⁷³. Il s'agit là d'un indicateur pertinent de l'inégalité en emploi, car les différents groupes de femmes se

¹⁶⁹ C. J. CRANFORD et L. F. VOSKO, préc., note 4, p. 60.

¹⁷⁰ *Id.*

¹⁷¹ *Id.*, fig. 2.6a.

¹⁷² *Id.*, p. 60; Maude BOULET, « Travailler à temps plein n'est pas une panacée contre le faible revenu au Québec : encore moins pour les immigrants », (2014) 15-1 *Flash-Info* 7 à 12.

¹⁷³ K. ENGLAND, préc., note 166, Tableau 4.2.

retrouvent surreprésentées dans les emplois économiquement faibles et plus précaires, comme dans le secteur du textile, de l'industrie légère et le secteur tertiaire, tandis qu'elles demeurent sous-représentées dans les secteurs d'emploi plus rémunérateurs et plus stables¹⁷⁴. Il faut en comprendre que, premièrement, il y a une forte ségrégation occupationnelle entre les hommes et les femmes et ce, à l'intérieur de chacun des sous-groupes suivants : les autochtones, les personnes avec un handicap, les minorités visibles et les personnes blanches ne présentant aucun handicap¹⁷⁵. Par exemple, telle que mesurée par un indice de dissimilitude, cette ségrégation occupationnelle est la plus élevée entre les hommes et les femmes autochtones¹⁷⁶. Un autre exemple, les femmes racisées sont au moins deux fois plus susceptibles d'occuper un emploi clérical ou de services que les hommes racisés et trois fois moins susceptibles d'occuper un emploi de gestionnaire supérieur que les hommes racisés¹⁷⁷. Deuxièmement, cette ségrégation se présente également entre chacun des sous-groupes étudiés, mais celle-ci est moins grande entre deux groupes du même genre (c'est-à-dire entre les groupes de femmes ou entre les groupes d'hommes)¹⁷⁸. En somme, le genre et l'appartenance à un autre groupe défavorisé influencera de manière importante la position occupationnelle, ce qui révèle des inégalités entre les opportunités offertes aux différents groupes qui composent la population active.

C'est donc dire que les femmes qui sont membres d'une minorité subissent un désavantage spécifique et plus grand du fait de leur position sociale. Selon les professeures Browne et Misra, qui ont étudié le contexte américain :

[T]he volume of research [...] consistently show that Black and Latina women remain at the bottom of the labor market reward structure: They earn the lowest wages [...], have the least authority in the workplace [...], and are most concentrated in "bad jobs"¹⁷⁹

De plus, « women from racialized groups [in particular], are often confined to jobs in the market that reflect the sex/gender division of domestic labour, such as child-care, nursing, and service

¹⁷⁴ Cheryl TEELUCKSINGH, Grace-Edward GALABUZI et CENTRE FO SOCIAL JUSTICE, *Working Precariously: The Impact of Race and Immigrants Status on Employment Opportunities and Outcomes in Canada*, Toronto, Fondation canadienne des relations raciales, 2009, p. 2.

¹⁷⁵ K. ENGLAND, préc., note 166, Tableau 4.3.

¹⁷⁶ *Id.*, Tableau 4.3.

¹⁷⁷ C. TEELUCKSINGH, G.-E. GALABUZI et CENTRE FO SOCIAL JUSTICE, préc., note 174, p. 16 et 17.

¹⁷⁸ K. ENGLAND, préc., note 166, Tableau 4.4.

¹⁷⁹ I. BROWNE et J. MISRA, préc., note 167, 494.

occupations »¹⁸⁰. Le genre et l'origine ethnique, raciale, la classe, etc. semblent ainsi servir à déterminer la position des personnes au sein du marché de l'emploi.

Si nous ne nous basions que sur la théorie du capital humain, il faudrait en conclure que le genre, la race, le handicap n'ont que peu d'influence dans la balance, puisque ce qui compte le plus pour les employeurs est d'engager et de récompenser les travailleurs les plus productifs¹⁸¹. Seulement, cette stratification du marché de l'emploi selon le sexe et la position sociale démontre que les hommes et les femmes, et particulièrement les travailleuses à l'intersection de plusieurs motifs interdits de discrimination, ne réussissent pas à traduire, de manière égale, leurs investissements en capital humain en bénéfices d'emploi, c'est-à-dire en terme de position, de compensation, etc.¹⁸²

Cette hypothèse est soutenue par le fait que, bien que le niveau de scolarité des personnes immigrantes excède celui des autres Canadiens, leurs niveaux de revenu et de statut occupationnel demeurent inférieurs à ceux du reste de leur cohorte. En effet, au Québec en 2011, 37% des immigrants entre 25 et 64 ans avaient complétés un diplôme universitaire comparativement à 21% chez les non-immigrants¹⁸³. Au surplus, alors que le niveau de scolarité atteint par les nouveaux immigrants est en augmentation presque constante depuis 1991, leur niveau de revenu a décliné sur une période de 10 ans (de 1990 à 2000), contrairement à celui des personnes nées au Canada, qui a augmenté¹⁸⁴. En ce qui a trait à l'insertion dans des emplois qualifiés, si les travailleurs immigrés et les minorités visibles sont plus susceptibles de faire l'objet de déclassement professionnel, aussi appelé déqualification, ce phénomène s'intensifie lorsqu'il y a intersection avec le genre¹⁸⁵.

L'hypothèse de la stratification du marché de l'emploi est également supportée par les travaux de Marisa Young en ce qui a trait à la dimension de genre. En effet, l'auteure démontre que les efforts effectués par les femmes dans le but d'« enrichir » leur capital humain ne sont pas

¹⁸⁰ C. J. CRANFORD et L. F. VOSKO, préc., note 4, p. 46.

¹⁸¹ I. BROWNE et J. MISRA, préc., note 167, 492.

¹⁸² M. C. YOUNG, préc., note 121, p. 78; C. TEELUCKSINGH, G.-E. GALABUZI et CENTRE FO SOCIAL JUSTICE, préc., note 174, p. 4.

¹⁸³ Marc-André GAUTHIER, « Portrait de la scolarité des immigrants du Québec à partir de l'Enquête nationale auprès des ménages », (2014) 18-3 *Inst. Stat. Qué.*, Tableau 1.

¹⁸⁴ STATISTIQUE CANADA, *Tableau 99-012-X2011048 - Enquête nationale auprès des ménages*, 2011; C. TEELUCKSINGH, G.-E. GALABUZI et CENTRE FO SOCIAL JUSTICE, préc., note 174, Tableau 23.

¹⁸⁵ Marie-Thérèse CHICHA, *Le mirage de l'égalité: les immigrées hautement qualifiées à Montréal*, Rapport de recherche présenté à la Fondation canadienne des relations raciales, Montréal, École des relations industrielles Université de Montréal, 2009, p. 121.

récompensés de façon égale par les employeurs que ne le sont les efforts effectués par les hommes. Elle avance que ces efforts sont, au contraire, pénalisés par des normes organisationnelles qui perpétuent la valeur du travail masculin au détriment du travail féminin ; par la croyance que les femmes sont trop émotives pour occuper certaines positions ou toute autre forme de discrimination qui résulte de l'application de stéréotypes dans les décisions d'embauche¹⁸⁶. Les résultats obtenus suggèrent que des différences significatives subsistent entre les hommes et les femmes en ce qui a trait à la probabilité de travailler dans des conditions précaires, et ce, même après avoir considéré les investissements en capital humain et les déterminants familiaux. C'est donc que ces investissements et ces déterminants récompensent et affectent différemment les hommes et les femmes et se répercutent sur leurs conditions de travail :

Focussing on the effects of human capital and family determinants on hourly wages [...], it appears that for men, high school and some secondary education increase men's hourly wage, but additional education has little effect on women. Gender differences in the effect of experience tell a similar story. Compared to women, men with more experience receive greater monetary benefits. And while the number of children men have benefits men's overall wage, never being married can be detrimental. These two factors have no effect for women's hourly wages.

Turning to the gender specific effects of part-time work [...], work experience decreases the likelihood of men working part-time by approximately 70%. Yet overall, experience has little effect for women. [...] Housework also affects the likelihood of working part-time, and this negative effect is stronger for women compared to men.¹⁸⁷

Ainsi, l'auteure Marisa Young ne conteste pas que des différences entre les hommes et les femmes en terme de capital humain et d'investissements peuvent affecter leur expérience de la précarité. En effet, les femmes ont, encore aujourd'hui, moins d'années d'expérience et, en ce qui a trait aux investissements familiaux, les femmes continuent d'assumer la plus grande part des responsabilités familiales¹⁸⁸. Or, elles sont également moins récompensées pour leurs

¹⁸⁶ Cette dernière forme de discrimination, que l'auteure désigne par les termes de « statistical discrimination », renvoie à l'existence d'une différence de traitement basée sur des défauts prêtés à un individu du fait de son appartenance à un groupe qui est supposé, à tort ou à raison, avoir plus souvent ce défaut. M. C. YOUNG, préc., note 121, p. 78 et 79.

¹⁸⁷ *Id.*, p. 88 et 89.

¹⁸⁸ M. C. YOUNG, préc., note 121, Tableau 1.

investissements en capital humain et davantage pénalisées pour les choix qu'elles font pour la famille, ce qui ne peut être expliqué que par des préjugés ou des préférences discriminatoires¹⁸⁹.

En conclusion, ces derniers exemples démontrent que ni les choix exercés par les femmes, ni d'autres raisons objectives reliées à l'emploi, ne peuvent expliquer, à eux seuls, leur plus grande précarité, ni celle des femmes qui se situent à l'intersection de plusieurs motifs de discrimination. Ainsi, la concentration des femmes dans les formes d'emploi les plus précaires est, en réalité, un phénomène qui s'inscrit en continuité avec les inégalités subies traditionnellement par les femmes, c'est-à-dire un phénomène de reproduction sociale des inégalités.

¹⁸⁹ *Id.*, p. 91.

3. Le travail précaire : un phénomène discriminatoire

Les chapitres antérieurs ont établi que le droit positif applicable à l'emploi était en cause dans la montée du travail précaire. Ils ont aussi démontré que les femmes étaient davantage affectées que les hommes par la précarité en emploi. Il convient dès lors de discuter l'hypothèse selon laquelle la surreprésentation des femmes dans les emplois précaires issus du travail atypique représente une atteinte au droit à l'égalité que reconnaît la *Charte canadienne*. C'est l'objet du présent chapitre.

3.1 Discrimination systémique à l'encontre des femmes

Il y aura violation de l'article 15 de la *Charte canadienne* s'il est établi que la précarité dans l'emploi affecte les femmes de façon discriminatoire. Doit de plus être démontrée la responsabilité de l'État relativement à ce phénomène discriminatoire.

3.1.1. Démonstration de la discrimination systémique

Nous entendons démontrer dans cette section que l'effet de précarisation du travail entraîné par l'inadéquation du droit constitue une forme de discrimination systémique tel que les tribunaux l'ont définie. Il s'agit, en d'autres mots, de qualifier juridiquement le phénomène social décrit dans les deux premiers chapitres, ceux-ci ayant établi que l'incapacité du droit du travail de protéger les personnes occupant certains emplois, surtout les emplois atypiques, n'avait pas un effet neutre¹. En effet, l'impact de l'inadéquation du droit du travail sur les travailleuses ne peut être mesuré qu'après une mise en contexte économique, sociale, culturelle et historique mettant en relief les réalités diverses vécues par les femmes².

Cette mise en contexte a permis de conclure à la non-pertinence du choix individuel dans l'analyse de la discrimination. Par exemple, l'analyse contextuelle du choix des femmes d'occuper un emploi autonome a permis de voir dans quelle mesure celui-ci est en réalité

¹ Stéphanie BERNSTEIN, Marie-Josée DUPUIS et Guylaine VALLEE, « Au-delà de l'égalité formelle: confronter l'écart entre les sexes sur un marché du travail en mutation, l'exemple canadien », dans *Genre et droit social*, 2^e éd., Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2008, p. 357.

² Louise LANGEVIN et Valérie BOUCHARD, « Les grands arrêts sur les droits des femmes: projet et réflexions théoriques féministes », (2011) 52-3-4 *Cah. Droit* 551.

contraint par la répartition inégale des responsabilités familiales. L'illusion du choix masque le fait que la surreprésentation des femmes au sein des emplois précaires est due à des facteurs systémiques, tels que les normes sociales ou l'absence de soutien de la part de l'État, et non à des facteurs individuels comme l'expérience ou les études.

Si les femmes sont poussées vers le travail atypique, malgré les conditions désavantageuses qui y sont associées, c'est entre autres « en raison de l'inadéquation du marché du travail traditionnel »³, plus particulièrement celle des normes relatives au temps de travail. C'est donc dire que, dans certaines circonstances, la discrimination réside dans les choix limités qui s'offrent à l'individu, chaque choix étant alors un choix d'oppression⁴. Le choix ne devrait alors être invoqué comme justificatif de la position des femmes au sein du marché de l'emploi car cela équivaldrait à prétendre que si les femmes choisissent leur oppression alors celle-ci n'en est pas une. Or, les femmes ne choisissent pas leur oppression, celle-ci rendant plutôt leur choix illusoire.

De surcroît, bien que certains employés choisissent de travailler à temps partiel ou sporadiquement parce que cela leur convient, cela ne veut pas dire qu'ils choisissent également de renoncer à leurs droits d'avoir des conditions de travail décentes et justes⁵. En effet, il est à prévoir que les travailleurs atypiques choisiraient d'avoir de meilleurs salaires, un plus grand éventail de protections sociales et une meilleure stabilité d'emploi si ce choix leur était offert.

Dans ce contexte, comment est-ce que le cadre d'analyse de l'article 15 de la *Charte* s'applique au phénomène de l'emploi précaire? Afin de répondre à cette question, dans les sous-sections qui suivent nous exposons d'abord ce cadre d'analyse (3.1.1.1.) et l'appliquons ensuite à l'emploi précaire étudié (3.1.1.2.).

3.1.1.1. Cadre d'analyse de l'article 15

L'une des premières définitions de la discrimination systémique a été mise de l'avant par la juge Abella dans son rapport sur l'égalité en matière d'emploi :

³ S. BERNSTEIN, M.-J. DUPUIS et G. VALLEE, préc., note 1.

⁴ Diana MAJURY, « Women Are Themselves to Blame: Choice as a Justification for Unequal Treatment », dans *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009, p. 209-243, p. 218.

⁵ Patricia HUGHES, « Remedying the Experiences of Vulnerable Workers: Links with Employment Equity », dans *Employment Equity in Canada: The Legacy of the Abella Report*, Toronto Buffalo London, University of Toronto Press, 2014, p. 176-194, p. 179.

[L]a discrimination s'entend de pratiques ou d'attitudes qui, de par leur conception ou par voie de conséquence, gênent l'accès des particuliers ou des groupes à des possibilités d'emplois, en raison de caractéristiques qui leur sont prêtées à tort.

La question n'est pas de savoir si la discrimination est intentionnelle ou si elle est simplement involontaire, c'est-à-dire découlant du système lui-même. Si des pratiques occasionnent des répercussions néfastes pour certains groupes, c'est une indication qu'elles sont peut-être discriminatoires. Voilà pourquoi il est important d'analyser les conséquences des pratiques et des systèmes d'emploi.⁶

La Cour suprême s'est fortement inspirée de ce passage et de cette définition du rapport Abella lorsqu'elle s'est penchée pour la première fois sur la notion de discrimination systémique dans l'arrêt *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*⁷. En effet, la Cour retient que la discrimination systémique en matière d'emploi est celle qui résulte simplement de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été conçue pour promouvoir la discrimination, mais qui produit néanmoins cet effet⁸. Cette discrimination est alors « renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé, du fait que l'exclusion favorise la conviction, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur du groupe, qu'elle résulte de forces « naturelles », par exemple que les femmes « ne peuvent tout simplement pas faire le travail » »⁹.

L'essentiel à retenir d'une telle définition est que pour conclure à la présence d'une discrimination systémique, il faut analyser les résultats des systèmes. Plus concrètement, il s'agit d'évaluer, de manière objective, les impacts disproportionnés des systèmes d'emploi, mais aussi des systèmes de lois, sur les groupes plus vulnérables de la société. En d'autres mots, il s'agit d'examiner la situation de plus près afin de déterminer si une incidence négative résulte effectivement de pratiques injustes et nécessite l'adoption de mesures correctives. Si, au contraire, cette incidence ne découle pas de pratiques injustes, il est possible que cette situation ne soit pas jugée discriminatoire¹⁰.

⁶ Rosalie S. ABELLA, *Commission sur l'égalité en matière d'emploi: Rapport d'une Commission royale d'enquête*, Approvisionnement et Services Canada, 1984, p. 2.

⁷ *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114.

⁸ *Id.*, 1139.

⁹ *Id.*; R. S. ABELLA, préc., note 6, p. 9 et 10.

¹⁰ R. S. ABELLA, préc., note 6, p. 2 et 3.

Au-delà de cette définition, comment devrait s'articuler une démonstration de la discrimination systémique dans l'état actuel du droit canadien, et plus particulièrement, comment faire cette démonstration pour le travail précaire?

Au Canada, en ce qui concerne les actes de l'État, l'interdiction de discrimination est couverte par le droit à l'égalité prévu au paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne*. Ce paragraphe se lit ainsi :

La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

Ce paragraphe peut être subdivisé en deux volets. Le premier volet énonce quatre droits à l'égalité, soit l'égalité devant la loi, le droit à l'égalité dans la loi (la loi ne fait acception de personne), le droit au même bénéfice et à la même protection de la loi¹¹. Cette formulation du droit à l'égalité indique clairement que ce droit a pour but de garantir l'égalité autant dans le contenu que dans l'application de la loi, peu importe que la loi soit de nature répressive ou distributive¹².

Le deuxième volet de ce paragraphe énonce par ailleurs que ces droits sont garantis « indépendamment de toute discrimination », ce qui indique que le droit à l'égalité est, en fait, un droit à la non-discrimination¹³, tel qu'il sera vu plus loin. En somme, la Cour suprême a bâti une définition du droit à l'égalité sur la base des notions de distinction et de discrimination, auxquelles ont été octroyés des sens déterminés¹⁴.

Tout d'abord, étant donné que l'article 15 de la *Charte canadienne* a pour objet l'égalité réelle, il n'importe plus, comme cela était le cas dans la jurisprudence antérieure à la *Charte*, de rechercher une quelconque intention de discriminer. Il suffit d'exposer les effets des distinctions sur les groupes énumérés ou analogues et de déterminer si ces effets sont discriminatoires. Ainsi, les différences de nomenclature, entre discrimination directe (ou intentionnelle), discrimination

¹¹ Nicole DUPLÉ, *Droit constitutionnel: principes fondamentaux*, 5e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 591, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/4/361507467>>.

¹² Henri BRUN, Guy TREMBLAY et Eugénie BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014, sect. XII-7.15.

¹³ Daniel PROULX, « Fascicule 9 - Droit à l'égalité », dans *Droit constitutionnel*, coll. JurisClasseur Québec, Montréal, LexisNexis, 2015, en ligne : <<http://www.lexisnexis.com/ca/legal/results/pubTreeViewDoc.do?nodeId=TAALAAE&pubTreeWidth=23%25>>.

¹⁴ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 12, sect. XII-7.18.

indirecte ou discrimination systémique, n'ont que peu d'importance dans cette optique puisque toutes ces formes sont couvertes par la garantie d'égalité.

Il ne s'agit pas d'une garantie générale d'égalité, puisqu'elle ne prescrit pas, dans un sens général ou abstrait, l'égalité entre les individus ou les groupes d'une société, mais vise plutôt les interventions de l'État. Quant au sujet de ce mémoire, cette intervention de l'État est liée au contenu et à l'application de la loi, et plus précisément, à l'application des lois du travail sur les travailleurs précaires et à l'effet de leur inadéquation sur ceux-ci. Il faut alors « tenir compte du contenu de la loi, de son objet et son effet sur ceux qu'elle vise, de même que sur ceux qu'elle exclut de son champ d'application »¹⁵.

Ce ne sont pas, non plus, toutes les distinctions ou différences de traitement devant la loi qui portent atteinte aux garanties d'égalité de l'art. 15 de la *Charte* puisque pour gouverner, il est essentiel que les législatures puissent traiter des individus ou des groupes différents de façon différentes¹⁶. Ainsi, tel que l'a énoncé la Cour suprême dans l'arrêt *Andrews*, le tout premier arrêt interprétant l'article 15, l'objet philosophique de la garantie d'égalité est de garantir à tous que « la loi les reconnaît comme des êtres humains qui méritent le même respect, la même déférence et la même considération »¹⁷.

Malgré quelques remaniements, la Cour suprême a réitéré que ce cadre d'analyse est demeuré centré sur la poursuite de l'égalité réelle, et ce, depuis l'arrêt *Andrews* en 1989¹⁸. En effet, la Cour suprême a soutenu dans l'arrêt *Québec (Procureur général) c. A.*¹⁹ que le modèle établi dans l'arrêt *Andrews*, bien qu'enrichi par la jurisprudence ultérieure, n'a jamais été abandonné. La question-clé permettant de déterminer s'il y a discrimination demeure : « la mesure contestée transgresse-t-elle la norme d'égalité réelle consacrée par le par. 15(1) de la Charte? ».²⁰ Il s'agit d'une garantie contre le fléau de l'oppression qui, de par son aspect réparateur important²¹, tente de « remédier à la restriction inéquitable des possibilités, particulièrement en ce qui concerne les personnes et les groupes qui ont fait l'objet, au cours de l'histoire, de désavantages, de préjugés et de stéréotypes »²², d'où l'importance d'analyser les

¹⁵ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143, 27.

¹⁶ *Id.*, 32.

¹⁷ *Id.*, 171.

¹⁸ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 15.

¹⁹ *Québec (Procureur général) c. A.*, [2013] 1 R.C.S. 61.

²⁰ *Id.*, par. 325.

²¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 15, 34.

²² *Law c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497, par. 42.

contextes social, politique et juridique. Or, le caractère intangible de cet objet a exigé que la Cour circoncrive son interprétation de ce droit.

La Cour suprême a énoncé que l'élimination des mesures législatives qui ont pour effet d'imposer ou de perpétuer une inégalité réelle²³ emporte de viser les lois qui établissent des distinctions qui sont discriminatoires²⁴, soit le mal à enrayer²⁵. L'égalité réelle n'est pas nécessairement violée par la seule imposition d'un désavantage, mais par l'imposition d'un désavantage injuste ou répréhensible²⁶.

Comment alors répondre à cette question et reconnaître les distinctions qui doivent être éliminées, parce qu'injustes ou répréhensibles? Sur ce point, la jurisprudence a tergiversé depuis l'arrêt *Andrews*. Dans les arrêts *Egan* et *Miron*, les juges Cory, L'Heureux-Dubé et McLachlin ont énoncé que la préservation de la dignité humaine constituait l'objectif fondamental du par. 15(1)²⁷. Par la suite, la Cour a tenté, dans l'arrêt *Law*, de faire de la dignité humaine un critère juridique en y associant quatre facteurs contextuels : (1) le désavantage préexistant dont peut être victime le groupe demandeur; (2) le degré de correspondance entre la différence de traitement et la situation réelle du groupe demandeur; (3) la question de savoir si la loi ou le programme a un objet ou un effet améliorateur; (4) la nature du droit touché²⁸.

L'introduction de cette notion de dignité humaine a cependant suscité de nombreuses critiques dont l'arrêt *Kapp* s'est fait l'écho. La Cour suprême a souligné qu'il s'agissait d'une « notion abstraite et subjective qui non seulement peut être déroutante et difficile à appliquer [...], mais encore s'est avérée un fardeau *additionnel* pour les parties qui revendiquent le droit à l'égalité au lieu d'être l'éclaircissement philosophique qu'elle était censée constituer »²⁹. Sans écarter complètement les facteurs contextuels énoncés dans l'arrêt *Law*, la Cour suprême indique que ces derniers ne doivent être interprétés littéralement, comme s'il s'agissait de dispositions législatives. Ces facteurs doivent être vus comme un moyen de mettre l'accent sur l'enjeu

²³ *Withler c. Canada (Procureur général)*, 2011 CSC 12, par. 40.

²⁴ *R. c. Kapp*, [2008] 2 R.C.S. 483, par. 16; *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, [2015] 2 R.C.S. 548, par. 18.

²⁵ D. PROULX, préc., note 13; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 15, 172.

²⁶ *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 19, par. 180.

²⁷ *Egan c. Canada*, [1995] 2 R.C.S. 513; *Miron c. Trudel*, [1995] 2 R.C.S. 418, par. 131.

²⁸ *Law c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 22, par. 62 à 75.

²⁹ *R. c. Kapp*, préc., note 24, par. 22.

principal de l'art. 15., soit celui de lutter contre la discrimination au sens de la perpétuation d'un désavantage et de l'application de stéréotypes³⁰, tel qu'il a été décrit dans l'arrêt *Andrews*³¹.

Dans l'arrêt *Kapp*, la Cour a également souligné les critiques à l'égard de la façon dont l'arrêt *Law* a permis au formalisme de certains arrêts ultérieurs à *Andrews* de ressurgir par la voie d'une analyse comparative artificielle basée sur l'égalité de traitement d'individus égaux³². C'est pourquoi la Cour suprême semble vouloir assouplir la démarche antérieure à l'égard de l'analyse comparative, et ce, afin d'éviter qu'un emploi formaliste ou artificiel de cette méthode n'obscurcisse la recherche de l'égalité réelle. Bien qu'il puisse être utile, à l'étape de savoir si une distinction existe, d'effectuer une comparaison entre le groupe auquel le demandeur appartient et d'autres groupes, celle-ci n'est pas toujours aussi probante, selon le contexte de l'affaire³³. Cet examen doit ainsi être écarté lorsqu'il empêche de répondre adéquatement à la question de savoir si la loi a un objet ou un effet réellement discriminatoire, et ce, puisqu'une

analyse fondée sur la comparaison avec un groupe aux caractéristiques identiques ne permet pas toujours de détecter l'inégalité réelle et risque de se muer en recherche de la similitude, de court-circuiter le deuxième volet de l'analyse de l'égalité réelle et de se révéler difficile à appliquer. Pour toutes ces raisons, il se peut qu'une telle démarche ne permette pas — voire empêche — la reconnaissance de la discrimination à laquelle l'art. 15 est censé remédier.³⁴

Il appartient généralement au demandeur de choisir le groupe de comparaison pertinent, ce qu'il fait en examinant « l'objet et les effets des dispositions législatives et [en tenant] compte du contexte dans son ensemble »³⁵.

Ainsi, dans l'arrêt *Kapp*, après une revue de la jurisprudence applicable, la juge en chef McLachlin et la juge Abella remanient le critère à trois volets de l'arrêt *Law* en le remplaçant par un critère à deux volets. Par ce critère, la Cour élimine la condition de l'atteinte à la dignité comme mesure du préjudice en raison du flou subjectif dans lequel cette condition plongeait l'analyse et du fardeau trop lourd qui pesait alors sur le demandeur³⁶. Ce critère de l'arrêt *Kapp*

³⁰ *Id.*, par. 24.

³¹ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 15, 38.

³² *R. c. Kapp*, préc., note 24, par. 22.

³³ *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 23, par. 65; *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 19, par. 167 et 168.

³⁴ *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 23, par. 60.

³⁵ *Law c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 22, par. 6.

³⁶ *R. c. Kapp*, préc., note 24, par. 21 et 22; D. PROULX, préc., note 13.

a, à son tour, été réactualisé dans l'arrêt *Taypotat* où la Cour a énoncé que toute personne qui allègue une violation de son droit à l'égalité doit répondre à l'analyse en deux volets suivante :

Le premier volet de l'analyse fondée sur l'art. 15 consiste donc à se demander si, à première vue ou de par son effet, une loi crée une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue. [...]

Le deuxième volet de l'analyse est axé sur les désavantages arbitraires — ou discriminatoires — c'est-à-dire sur la question de savoir si la loi ne répond pas aux capacités et aux besoins concrets des membres du groupe et leur impose plutôt un fardeau ou leur nie un avantage d'une manière qui a pour effet de renforcer, de perpétuer ou d'accentuer le désavantage dont ils sont victimes.³⁷

Pour répondre à la première question, il faut établir un lien entre une distinction législative et un effet disproportionné qui résulte de l'appartenance à un groupe énuméré ou analogue. Cette question renvoie donc à deux éléments constitutifs de discrimination, soit une différence de traitement et un motif de discrimination³⁸. Afin de servir l'objectif de l'égalité réelle, cette première question signifie qu'à première vue, une distinction fondée sur ces motifs est suspecte. En d'autres mots, les motifs énumérés constituent des « indicateurs législatifs » qui sont souvent associés à des processus décisionnels discriminatoires et fondés sur des stéréotypes³⁹. Il en est de même pour les motifs analogues qui sont suspects parce qu'ils indiquent un processus décisionnel susceptible d'aboutir à la discrimination et au déni du droit à l'égalité réelle⁴⁰. Il s'agit donc de décider si un motif non énuméré est admissible dans le cadre de l'article 15 parce qu'il est « analogue » aux motifs énumérés, soit parce qu'il est un motif « communément utilisé pour établir des distinctions qui ont peu ou pas de lien rationnel avec la matière traitée, traduisant généralement l'existence d'un stéréotype »⁴¹.

Ainsi, ces groupes ont en commun le fait d'être défavorisés sur le plan social et économique. Ces groupes reposent également sur une caractéristique qui est soit immuable, soit considérée comme tel. Une caractéristique est considérée comme immuable lorsque le gouvernement ne peut légitimement s'attendre à ce que cette caractéristique soit changée par le demandeur pour avoir droit à l'égalité de traitement garantie par la loi, soit parce que cette

³⁷ *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, préc., note 24, par. 19 et 20.

³⁸ D. PROULX, préc., note 13.

³⁹ *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, par. 7.

⁴⁰ *Id.*, par. 8.

⁴¹ *Miron c. Trudel*, préc., note 27, par. 23.

modification serait très difficile, soit très coûteuse⁴². La reconnaissance jurisprudentielle d'un motif analogue doit, par conséquent, se rattacher à ce fait. De plus, dans l'arrêt *Granovsky*, il a été jugé qu'une déficience temporaire constitue un motif analogue, malgré sa nature passagère, étant donné que sa « durée ne peut être changée et [...] est totalement indépendante de la volonté de la personne qui en souffre »⁴³.

Il se peut également qu'une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue ne soit pas discriminatoire. La deuxième question du critère de l'arrêt *Taypotat* sert alors à identifier les distinctions qui ont « pour effet *soit* d'imposer un désavantage à un groupe visé par un motif énuméré ou analogue, *soit* de perpétuer un désavantage préexistant à l'endroit de ce groupe, *soit* encore de perpétuer des préjugés ou d'appliquer des stéréotypes à son égard »⁴⁴. Cette question tente ainsi de qualifier le préjudice vécu par la personne victime de discrimination. La Cour suprême supprime ainsi l'exigence stricte d'une preuve de perpétuation de préjugés ou d'application de stéréotypes formulée dans l'arrêt *Kapp*. En effet, selon l'avis de la Cour, cette exigence ne découlait pas de l'arrêt *Andrews*⁴⁵.

Par conséquent, il se peut que la loi soit qualifiée de discriminatoire sans qu'elle repose sur des préjugés ou des stéréotypes. Si cette exigence s'appliquait, il faudrait alors prouver l'intention du législateur. Or, tel qu'il émane d'une jurisprudence constante de la Cour suprême depuis l'arrêt *Andrews*, seul compte l'effet ou le résultat discriminatoire d'une mesure puisque l'article 15 vise à protéger « tous » les individus contre la discrimination, non seulement ceux qui sont membres de groupes défavorisés⁴⁶.

Ainsi, les facteurs contextuels expliqués dans *Law* demeurent pertinents, mais ils ne doivent trouver une application trop rigoureuse. Ils ne s'appliqueront pas forcément tous et cela dépendra du contexte.⁴⁷

[...] l'existence d'un désavantage préexistant et la nature du droit touché permettront d'évaluer si la distinction crée un désavantage par la perpétuation d'un préjugé. Le facteur de correspondance entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et la situation propre au demandeur ou au groupe touché permettra d'évaluer si la distinction crée un désavantage par l'application de stéréotypes : *Kapp*, par. 23. Puis,

⁴² *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, préc., note 39, par. 13; *Vriend c. Alberta*, [1998] 1 R.C.S. 493, par. 90; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, [2001] 3 R.C.S. 1016, par. 166.

⁴³ *Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [2000] 1 R.C.S. 703, par. 53.

⁴⁴ D. PROULX, préc., note 13.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.*

⁴⁷ *R. c. Kapp*, préc., note 24, par. 23.

la Cour attribue deux fonctions principales au facteur d'amélioration mentionné dans *Law*. D'une part, l'objet ou l'effet améliorateur d'une mesure peut venir placer celle-ci sous le coup du par. 15(2), qui protège le droit des gouvernements de mettre en œuvre des programmes spécifiques destinés à aider des groupes défavorisés sans s'exposer à des contestations fondées sur le par. 15(1) : *Kapp*, par. 16. D'autre part, la Cour explique autrement que « [l]orsque la mesure contestée s'inscrit dans un vaste régime de prestations, [...] son effet d'amélioration sur la situation des autres participants et la multiplicité des intérêts qu'elle tente de concilier joueront également dans l'analyse du caractère discriminatoire [sous le par. 15(1)] » : *Withler*, par. 38.⁴⁸

Dans certains cas, il se pourrait même que certains facteurs non envisagés dans l'arrêt *Law* puissent être pertinents aux fins de l'analyse⁴⁹. En somme, lorsque la Cour tente de déterminer si un désavantage est perpétué ou si un stéréotype est appliqué :

l'analyse requise par l'art. 15 appelle l'examen de la situation des membres du groupe et de l'incidence négative de la mesure sur eux. Il s'agit d'une analyse contextuelle, non formaliste, basée sur la situation véritable du groupe et sur le risque que la mesure contestée aggrave sa situation.⁵⁰

La Cour suprême énonce dans *Kapp* que toute distinction n'est pas discriminatoire et, en règle générale, celles qui le sont imposent un désavantage en perpétuant un préjugé ou en appliquant un stéréotype. Les facteurs de l'arrêt *Law* n'aident alors qu'à faire la preuve d'un préjugé ou d'un stéréotype selon le contexte de l'affaire⁵¹.

Ainsi, l'existence d'un désavantage préexistant ou historique facilitera la preuve d'une atteinte à l'égalité réelle. Ceci découle du fait que dans la mesure où le demandeur se trouve déjà dans une situation injuste ou fait déjà l'objet d'un traitement inéquitable dans la société en raison d'une caractéristique qui lui est propre, une différence de traitement additionnelle contribuera généralement à la perpétuation ou à l'accentuation de leur caractérisation sociale injuste⁵², leur situation déjà vulnérable ayant pour effet d'aggraver l'atteinte.

À l'inverse, l'absence d'un désavantage préexistant ou historique chez un groupe, c'est-à-dire de facteurs contextuels de vulnérabilité, d'exposition passée à des préjugés ou à des stéréotypes ne signifie pas qu'une disposition législative qui vise ce groupe ne soit pas

⁴⁸ *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 19, par. 165.

⁴⁹ *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 23, par. 66.

⁵⁰ *Id.*, par. 37.

⁵¹ *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 19, par. 177.

⁵² *Law c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 22, par. 63.

empreinte de préjugés⁵³. Il faut ainsi évaluer l'impact de la mesure désavantageuse sur l'égalité réelle, et donc les effets négatifs, à la date de la demande, ce qui tient compte du fait que des préjugés historiques peuvent changer, certains disparaître, d'autres apparaître⁵⁴. Le recours à des facteurs contextuels évolutifs reconnaît « qu'ils sont susceptibles d'évoluer avec le contexte social où ils se situent et qui les fait apparaître »⁵⁵.

En somme, c'est en fonction de l'objet, qui est la poursuite de l'égalité réelle, et du contexte qu'il faut répondre au critère à deux volets de l'arrêt *Kapp*. Celui-ci exige d'abord de déterminer si les dispositions législatives contestées créent une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue et ensuite si la distinction crée un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes. C'est ainsi que l'on détermine si des distinctions entraînent, effectivement, des effets discriminatoires négatifs, et ce, nonobstant l'existence ou non d'une intention discriminatoire⁵⁶. Une réponse positive aux deux questions signifie que la disposition législative attaquée porte atteinte à la garantie d'égalité prévue au paragraphe 15(1). Ce cadre d'analyse prévaut aujourd'hui et a été repris par la Cour dans plusieurs arrêts récents dont *Hutterian*⁵⁷, *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*⁵⁸, *Québec (Procureur général) c. A*⁵⁹ et *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*⁶⁰.

3.1.1.2. Application des critères au phénomène de l'emploi précaire

Comment ces principes s'appliquent-ils à la question principale de ce mémoire et qui est la suivante : le travail précaire, en ce qu'il affecte de façon disproportionnée les femmes et les autres groupes vulnérables de la société canadienne, constitue-t-il un phénomène de discrimination systémique portant atteinte à la *Charte canadienne*? Nous soumettons que les lois du travail, demeurant basées sur la norme de l'emploi permanent à temps plein, qui n'est désormais qu'une partie du tableau, excluent plusieurs travailleurs atypiques qui sont, de ce fait, plus susceptibles de se précariser. Ce faisant, la loi crée une distinction fondée sur un motif

⁵³ *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 19, par. 182.

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ *Id.*, par. 183.

⁵⁶ *Id.*, par. 171.

⁵⁷ *Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony*, [2009] 2 R.C.S. 567.

⁵⁸ *A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille)*, [2009] 2 R.C.S. 181.

⁵⁹ *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 19.

⁶⁰ *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, préc., note 24.

énuméré, le sexe. Comme expliqué plus haut, l'inadéquation du droit du travail crée un impact disproportionné sur les femmes, qui sont surreprésentées dans l'emploi atypique. Cet impact prend alors la forme d'un manque de protection et d'une absence de bénéfices offerts aux autres travailleurs.

Ainsi, chacune des différences de traitement dont nous avons discuté dans le premier chapitre⁶¹, soit celles qui affectent les travailleurs atypiques, peut servir à démontrer l'existence d'une discrimination systémique. Les travailleurs atypiques, en raison de ces disparités, sont par conséquent moins protégés par les lois du travail, et ce défaut se traduit notamment en instabilité d'emploi, en mauvaises conditions de travail et en insuffisance salariale. L'analyse contenue dans ce mémoire démontre que cette incapacité du droit du travail à remplir ce rôle traditionnel peut ainsi être reliée à la précarisation des emplois atypiques.

Ce mémoire, à partir d'une analyse de la composition du travail atypique, établit que les femmes y sont surreprésentées, entraînant ainsi une surreprésentation dans l'emploi précaire⁶². Dans la présente section, il s'agit de qualifier ce problème juridiquement, soit sous l'angle des droits de la personne. Dès lors, le cadre d'analyse développé par la Cour suprême est appliqué afin de déterminer si le phénomène du travail précaire féminin porte atteinte au droit à l'égalité en vertu de l'article 15. Une telle atteinte peut se manifester sous la forme d'une discrimination systémique.

La loi crée-t-elle une distinction fondée sur un motif énuméré ou analogue?

Les lois du travail créent-elles une distinction fondée sur le sexe, un motif énuméré au par. 15(1), ou sur un motif analogue, soit le statut de travailleur précaire? Dans ce mémoire, et compte tenu de ce qui a été démontré précédemment, nous avançons qu'il s'agit d'une distinction sur le sexe et que, subsidiairement, il pourrait s'agir d'une distinction sur le statut de travailleur précaire. Afin de mieux cerner la distinction dont les femmes et les travailleurs précaires font l'objet, il est révélateur de comparer le traitement par la loi, des travailleurs atypiques d'une part et des travailleurs typiques d'autre part. Cette comparaison permet de constater que les travailleurs typiques retirent davantage de bénéfices et de protections par l'application de la loi. À l'inverse, les travailleurs atypiques, qui sont en plus forte proportion des

⁶¹ 1.2 Travail précaire : le rôle du droit dans la précarisation.

⁶² 2.1 L'impact de la précarisation du travail sur le travail des femmes : démonstration de la surreprésentation à l'intérieur du travail précaire à partir des données sur l'emploi atypique.

femmes, sont désavantagés par cette distinction législative. Cette différence est reliée à l'inadaptation de la loi à la réalité des travailleurs atypiques, comme cela a été exposé plus haut. C'est pourquoi, en l'espèce, le groupe de comparaison approprié serait celui constitué des travailleurs ou employés typiques du Québec, qui sont admissibles aux protections offertes par les lois du travail.

Évidemment, ce ne sont pas toutes les femmes qui sont affectées par la distinction créée par la loi puisque plusieurs occupent un emploi typique. Ce fait ne devrait cependant pas constituer un obstacle dans l'état actuel du droit. En effet, les tribunaux ont réitéré, à plusieurs occasions, qu'« une différence de traitement peut reposer sur un motif énuméré même lorsque les membres du groupe pertinent – en l'espèce des femmes dans une proportion moyenne – ne sont pas toutes également maltraitées »⁶³.

Par ailleurs, bien qu'en théorie, la preuve statistique ne soit pas essentielle à la démonstration de l'existence d'une discrimination systémique⁶⁴ lorsque ce n'est pas la totalité des personnes qui présentent les mêmes caractéristiques qui sont affectées, cette preuve se révèle toutefois fort utile. Cela a été rappelé dans un arrêt récent de la Cour suprême qui traitait des conditions d'éligibilité au poste de chef ou de conseiller de bande. La Cour a alors reconnu qu'il n'était pas toujours nécessaire de présenter une preuve statistique pour établir qu'une loi neutre à première vue, contrevenait à l'article 15⁶⁵.

Or, il faut à tout le moins démontrer l'impact distinct d'une loi sur un groupe énuméré ou analogue et, pour ce faire, il faut établir le lien entre une distinction législative et ce groupe. Pour cette raison, rappelons que les femmes de 25 à 44 ans forment environ 53% de la main-d'œuvre atypique dans cette catégorie d'âge au Canada alors qu'elles constituent 48% de la main-d'œuvre active totale⁶⁶. Elles ne forment, inversement, que 45% de la main-d'œuvre typique dans cette même catégorie d'âge. Cette surreprésentation se retrouve dans chacun des groupes d'âge de la population active, sauf chez les plus de 55 ans et cette surreprésentation s'ajoute au fait que leurs emplois sont plus susceptibles d'être entachés des dimensions de précarité. De plus, la

⁶³ *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, [2008] R.J.D.T. 1477, par. 355. Voir également; *Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs*, [1996] 3 R.C.S. 566; *Brooks c. Canada Safeway Limited*, [1989] 1 R.C.S. 1219; *Janzen c. Play Enterprises Ltd.*, [1989] 1 R.C.S. 1252; *Lavoie c. Canada*, [2002] 1 R.C.S. 769.

⁶⁴ *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, préc., note 7, 1139.

⁶⁵ *Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat*, préc., note 24, par. 33.

⁶⁶ STATISTIQUE CANADA (SC), *Enquête sur la population active, 2015*, adapté par l'Institut de la statistique du Québec (ISQ).

décomposition de l'emploi total salarié en formes mutuellement exclusives révèle que les femmes sont davantage concentrées dans les formes à l'extrémité la plus précaire du spectre⁶⁷. Cette surreprésentation s'observe également dans la répartition des différentes formes d'emplois autonomes selon le sexe⁶⁸.

Ainsi, la surreprésentation des femmes à l'intérieur du travail atypique est significative du fait de la largeur du groupe étudié (formé de tous les travailleurs atypiques au Québec soit plus de 1,5 million d'emplois). Cette surreprésentation statistique des femmes dans l'ensemble de l'emploi atypique, constituant 52,3% des travailleurs atypiques alors qu'elles ne forment que 48% de la main-d'œuvre active totale, doublée d'une surreprésentation dans les formes les plus précaires d'emplois atypiques, se répercute ainsi fortement sur l'égalité entre les hommes et les femmes. Par conséquent, les distinctions qui affectent les travailleurs atypiques constituent effectivement une distinction sur la base du sexe, un motif énuméré au par. 15(1) de la Charte.

Par ailleurs, sur la base de ce qui précède, le statut d'emploi pourrait également être reconnu comme un motif analogue en vertu du par. 15(1) de la *Charte* bien qu'à ce jour, la Cour suprême n'a pas reconnu le statut professionnel comme motif analogue⁶⁹. Or, les motifs concourants de la juge L'Heureux-Dubé dans l'arrêt *Dunmore*⁷⁰ de la Cour suprême pourraient constituer un fondement important à une telle reconnaissance. Dans cet arrêt, elle réitérait ses propres motifs, énoncés dans l'arrêt *Delisle*, où elle soutenait que le statut professionnel pourrait constituer un indicateur d'une discrimination suspecte, et ce, lorsque cette reconnaissance favoriserait l'objectif du par. 15(1)⁷¹. La juge soulignait que la majorité, dans cet arrêt, n'avait pas fermé la porte à ce qu'une différence de traitement découlant du statut professionnel puisse constituer un motif de discrimination puisque la majorité avait limité sa conclusion aux agents de la GRC⁷².

Tenant compte d'un ensemble d'indicateurs de vulnérabilité et du fait que le métier et la vie active constituent souvent des sources importantes d'identité personnelle, la juge L'Heureux-Dubé assimilait le statut de travailleur agricole à un motif de discrimination prohibé dans l'arrêt

⁶⁷ Tel qu'exposé dans la section 2.1.1. Surreprésentation des femmes à l'intérieur du travail atypique salarié.

⁶⁸ Tel qu'exposé dans la section 2.1.2. À l'intérieur du travail autonome : la montée du travail autonome comme symptôme de la précarisation.

⁶⁹ Voir notamment *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, [2007] 2 R.C.S. 391, par. 165; H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 12. Cités dans: Stéphanie BERNSTEIN et Gilles TRUDEAU, *Droit du travail*, Montréal, LexisNexis, 2011, Fascicule 1.

⁷⁰ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42.

⁷¹ *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, [1999] 2 R.C.S. 989, par. 8.

⁷² *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 167.

Dunmore,⁷³. Dans cet arrêt, la juge L'Heureux-Dubé estimait que cette reconnaissance pourrait favoriser l'objectif du par. 15(1) puisque les travailleurs agricoles souffrent généralement d'un désavantage. La distinction avait donc pour effet de les dévaloriser et de les marginaliser. Dans l'extrait suivant, la juge appliquait la jurisprudence antérieure à la situation des travailleurs agricoles :

Les travailleurs agricoles [TRADUCTION] « sont parmi les membres de notre société qui sont les plus exploités sur le plan économique et les plus neutralisés du point de vue politique » et ils doivent surmonter « des obstacles importants pour participer au processus politique ».

[...] j'estime que les travailleurs agricoles, compte tenu de leur position, de leur niveau de formation et d'instruction, et de leur mobilité professionnelle limitée, ne peuvent modifier leur statut professionnel « qu'à un prix considérable, si tant est qu'ils le peuvent ».⁷⁴

La nature instable du secteur d'activité et l'absence d'autres possibilités d'emploi l'ont amenée à conclure, à l'instar du juge de première instance, à la précarité de la situation des travailleurs agricoles. Cette description est ainsi transposable à la situation des travailleurs précaires, qui sont exposés à différents facteurs d'instabilité, en raison des lacunes des protections légales, syndicales et à la vulnérabilité sociale et économique⁷⁵.

Quelques années plus tard, cette approche adoptée par la juge L'Heureux-Dubé a inspiré un jugement de la Cour supérieure du Québec⁷⁶ relatif à des éducatrices en milieu familial (ci-après « RSG »)⁷⁷ et à des travailleuses responsables de ressources intermédiaires et de type familial (ci-après « RI/RTF »). Les lois contestées contenaient une présomption absolue d'absence de statut de salarié pour ces dernières, alors que ce statut leur avait été reconnu précédemment par les instances juridictionnelles compétentes⁷⁸. Les lois leur refusaient ainsi l'accès à une institution accessible à autrui, celle des lois du travail.

La Cour supérieure, en plus de reconnaître que la différence de traitement dont elles faisaient l'objet constituait une discrimination sur la base du sexe, a conclu qu'il s'agissait d'une

⁷³ Sylvie GAGNON, « La contribution du Tribunal des droits de la personne à l'élimination de la discrimination reliée à la précarité en emploi », (2012) 42 *R.D.U.S.* 83, 138.

⁷⁴ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 168 et 169.

⁷⁵ Judy FUDGE, « Beyond Vulnerable Workers: Towards a New Standard Employment Relationship », (2005) 12 *Can. Lab Emp LJ* 151.

⁷⁶ *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, préc., note 63.

⁷⁷ Ces dernières étaient appelées « responsables d'un service de garde ».

⁷⁸ *Centre de la petite enfance La Rose des Vents c. Alliance des intervenantes en milieu familial Laval, Laurentides, Lanaudière (C.S.Q.)*, [2003] R.J.D.T. 1193.

discrimination sur la base du statut professionnel de *care* à domicile. Cette conclusion découle de la preuve qu'« historiquement, prendre soin des enfants et des personnes malades, dépendantes ou âgées était un travail exécuté par les femmes dans les familles » de façon bénévole⁷⁹. Ce fait est ainsi lié au rôle traditionnellement attribué à chacun des sexes à l'intérieur de la famille. Cette association à la sphère féminine se traduit en large prédominance des femmes à l'intérieur des effectifs des RSG et des RI/RTF dont elles constituent la quasi-totalité (95%)⁸⁰.

Or, les femmes qui occupent ce type d'emploi à domicile sont non seulement rendues vulnérables en raison des préjugés qui touchent les emplois typiquement féminins, qui ne sont pas considérés comme du travail véritable dans le « subconscient collectif », mais également en raison de l'ensemble des conditions qui entourent l'exécution de ce travail dans la sphère domestique, qui entraînent isolement et solitude⁸¹. Autrement, comment concevoir de façon rationnelle que des femmes qui accomplissent le même travail à domicile soient traitées différemment de celles qui l'exécutent à l'extérieur de leur foyer?

En somme, pour la Cour, le message est clair : « [o]n n'accorde pas aux RSG et RI/RTF le même traitement qu'aux autres travailleurs parce que le travail accompli en est un de *care*, exécuté par des femmes, à domicile »⁸². Cette différence de traitement est fondée sur le statut professionnel de travailleuse de *care* à domicile, un groupe qui constitue, en tenant compte du contexte social général⁸³, une minorité discrète et isolée⁸⁴. Afin de déterminer si un motif est analogue, la question cruciale est celle de savoir si le gouvernement peut légitimement s'attendre à ce que les travailleuses en question changent de statut professionnel afin de bénéficier de l'égalité de traitement garantie par la loi⁸⁵. Il importe de spécifier qu'à ce stade, il ne s'agit pas d'apprécier le caractère raisonnable des distinctions fondées sur ce motif ou de la justification puisque cette appréciation doit avoir lieu à l'étape de l'analyse en vertu de l'article premier⁸⁶.

Par ailleurs, comme exposé plus haut, l'intersection des motifs interdits de discrimination chez une personne augmente le risque qu'elle se retrouve dans un emploi précaire. Il découle alors de l'analyse adoptée par la Cour suprême en vertu de l'article 15 que cette

⁷⁹ *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, préc., note 63, par. 148.

⁸⁰ *Id.*, par. 361.

⁸¹ *Id.*, par. 370.

⁸² *Id.*, par. 372.

⁸³ D. PROULX, préc., note 13.

⁸⁴ Comme en fait état, d'ailleurs, la *Convention no 177 sur le travail à domicile*, 1996, (non ratifié par le Canada).

⁸⁵ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 169; *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, préc., note 63, par. 365.

⁸⁶ *Québec (Procureur général) c. A*, préc., note 19, par. 335.

intersectionnalité soit prise en compte puisque celle-ci doit demeurer centrée sur l'effet réel de la mesure législative contestée. Il importe ainsi de tenir compte de l'ensemble des facteurs sociaux politiques, économiques et historiques inhérents au groupe⁸⁷. La possibilité que le demandeur soit caractérisé par plusieurs motifs de discrimination interreliés justifie d'adopter une approche empreinte de souplesse lors de l'analyse comparative.

Cette souplesse peut dicter de déroger à la désignation d'un groupe particulier, correspondant au groupe de demandeurs hormis la ou les caractéristiques personnelles invoquées comme motif de discrimination, aux fins de la comparaison⁸⁸. Cette approche vise à reconnaître le caractère unique de l'expérience vécue en raison de la confluence de plusieurs motifs pertinents, et ce, dans l'objectif de considérer l'effet réel du déni de l'avantage ou de la protection compte tenu de l'ensemble des désavantages vécus par la personne⁸⁹. Par exemple, « lorsque l'origine ethnique ou nationale se conjugue au sexe, comme dans le cas des travailleuses domestiques temporaires, les perspectives et conditions d'emploi diminuent d'autant au plan qualitatif »⁹⁰. Quant aux travailleuses immigrantes plus scolarisées, celles-ci expérimentent plus durement le phénomène de la déqualification professionnelle⁹¹. Il faut en retenir que la différence de traitement est aussi basée sur l'intersectionnalité des motifs de discrimination.

Discrimination par l'imposition ou la perpétuation d'un désavantage arbitraire ou d'un préjugé, ou par l'application de stéréotypes

La seconde question à laquelle le cadre d'analyse de l'article 15 exige de répondre est celle de savoir si la distinction crée un désavantage par la perpétuation d'un préjugé ou l'application de stéréotypes. Il faut alors se baser sur les quatre facteurs contextuels identifiés dans l'arrêt *Law*. Ces facteurs contextuels visent à déterminer si une personne raisonnable et impartiale, bien qu'informée de toutes les circonstances et dotée d'attributs semblables à ceux du

⁸⁷ *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 23, 12. Cité dans; S. GAGNON, préc., note 73, 145 et 146.

⁸⁸ *Withler c. Canada (Procureur général)*, préc., note 23, par. 63.

⁸⁹ COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Approche intersectionnelle de la discrimination pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples*, Document de travail, Toronto, Direction des politiques et de l'éducation, 2001, p. 3.

⁹⁰ S. GAGNON, préc., note 73, 148; QUEBEC (PROVINCE), COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE et Marie CARPENTIER, *La discrimination systémique à l'égard des travailleuses et travailleurs migrants*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2011.

⁹¹ Marie-Thérèse CHICHA, *Le mirage de l'égalité: les immigrées hautement qualifiées à Montréal*, Rapport de recherche présenté à la Fondation canadienne des relations raciales, Montréal, École des relations industrielles Université de Montréal, 2009.

groupe demandeur, conclurait que les dispositions législatives ont un objet ou un effet discriminatoire au sens de la garantie d'égalité. Ces quatre facteurs sont les suivants : (1) le désavantage préexistant; (2) le rapport entre les motifs de discrimination et les caractéristiques ou la situation personnelle du demandeur; (3) l'objet ou l'effet d'amélioration; (4) la nature du droit touché⁹². Seuls les premier, deuxième et quatrième facteurs seront ci-après étudiés puisqu'en l'espèce, les distinctions qui touchent les travailleurs atypiques ne visent aucun objet améliorateur.

Premièrement, quant au désavantage préexistant, il a été établi à de multiples reprises que les femmes forment un groupe historiquement défavorisé de la population active. À cet égard, la juge Abella écrivait dans une revue juridique en 1987 que « [l']écart salarial entre les hommes et les femmes est l'un des rares points qui n'est pas remis en cause dans le débat sur l'égalité »⁹³. En effet, les emplois occupés par des femmes sont encore chroniquement sous-payés⁹⁴; les secteurs traditionnellement réservés aux femmes sont associés à des salaires plus bas⁹⁵; les femmes sont surreprésentées parmi les travailleurs pauvres et parmi les travailleurs au salaire minimum⁹⁶, etc.

De façon insidieuse, l'inadéquation du droit du travail renforce l'idée selon laquelle les femmes peuvent être moins bien rémunérées ou traitées simplement parce qu'elles sont des femmes, ce qui aggrave leur stigmatisation en tant que groupe⁹⁷. Dans leur état actuel, les lois du travail ont pour effet de faire une distinction entre les travailleurs qui se conforment à la norme de l'emploi à temps plein permanent (en majorité des hommes), et qui méritent les bénéfices et la protection de la loi, et les autres (en majorité des femmes).

Deuxièmement, en ce qui a trait à la correspondance entre le ou les motifs sur lesquels l'allégation est fondée et les besoins, les capacités ou la situation propres au demandeur, l'inadéquation entre les lois du travail et les nouvelles formes d'emploi ne tient pas compte de la

⁹² *Law c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 22, par. 62 à 75.

⁹³ Rosalie S. ABELLA, « Employment Equity », *Man LJ* 1987.185, 185.

⁹⁴ *Terre-Neuve (Conseil du Trésor c. N.A.P.E.)*, [2004] 3 R.C.S. 381, par. 36.

⁹⁵ *Loi sur l'équité salariale*, RLRQ, c. E-12.001, art. 1 al. 1. Voir également: S. BERNSTEIN, M.-J. DUPUIS et G. VALLEE, préc., note 1; Cynthia J. CRANFORD et Leah F. VOSKO, « Conceptualizing Precarious Employment: Mapping Wage Work across Social Location and Occupational Context », dans *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 43 à 66.

⁹⁶ INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUÉBEC, *Annuaire québécois des statistiques du travail. Portrait des principaux indicateurs du marché et des conditions de travail, 2005-2015*, 12, Québec, 2016, en ligne : <<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/travail-remuneration/annuaire-v12.pdf>>, Tableau 5.51A.

⁹⁷ *Law c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 22, par. 64.

situation véritable des femmes qui occupent ces emplois. L'État, en omettant d'actualiser les lois du travail, empêche les travailleurs atypiques, qui sont en majorité des femmes, de bénéficier d'avantages et de protections, et ce, sans tenir compte de leur situation réelle. En effet, les travailleurs atypiques sont souvent plus vulnérables et sont donc ceux qui pourraient bénéficier le plus de la protection de la loi.

Troisièmement, en ce qui a trait à la nature du droit touché, ce qui correspond au quatrième facteur, les tribunaux ont rappelé à maintes reprises l'importance du travail⁹⁸, notamment, par cette citation tirée du *Renvoi relatif à l'Alberta* :

Le travail est l'un des aspects les plus fondamentaux de la vie d'une personne, un moyen de subvenir à ses besoins financiers et, ce qui est tout aussi important, de jouer un rôle utile dans la société. L'emploi est une composante essentielle du sentiment de l'identité d'une personne, de sa valorisation et de son bien-être sur le plan émotionnel. C'est pourquoi les conditions dans lesquelles une personne travaille sont très importantes pour ce qui est de façonner l'ensemble des aspects psychologiques, émotionnels et physiques de sa dignité et du respect qu'elle a d'elle-même.⁹⁹

Pour toutes ces raisons, l'inadéquation des lois du travail semble porter atteinte au droit à l'égalité garanti par la *Charte canadienne* par l'imposition d'un traitement discriminatoire à l'égard des femmes.

3.1.2 Imputabilité de l'État

Cette section aborde la responsabilité de l'État dans la discrimination systémique vécue par les femmes, cette responsabilité se manifestant à travers l'inadéquation des lois du travail. Il s'agit d'abord d'examiner si le phénomène du travail précaire est lié à une action de l'État, ou plutôt à son inaction. L'existence d'un tel lien, s'il est établi, soulève ensuite la question de la responsabilité de l'État.

3.1.2.1. Comment lier le phénomène du travail précaire à une action de l'État?

⁹⁸ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 37; *Lavoie c. Canada*, préc., note 63, par. 45.

⁹⁹ *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, [1987] 1 R.C.S. 313, par. 391.

La *Charte canadienne* offre une protection contre l'action de l'État. Bien que l'article 15 ne soit pas une garantie générale d'égalité, il n'en demeure pas moins que, tel que l'ont cité les juges de la Cour suprême dans l'arrêt *Andrews* :

[TRADUCTION] [P]ris dans son ensemble, le par. 15(1) est une formulation concise d'un droit positif à l'égalité sur le plan du fond et de l'application de la loi. C'est un droit général qui régit toute l'action législative.¹⁰⁰

Ainsi, l'inadéquation du droit, si elle est liée à l'apparition du travail précaire, peut constituer une atteinte au droit à l'égalité protégé par le par. 15(1).

Il est entendu que la Charte n'engage l'État que là où des droits, bénéfices ou programmes sont mis en place par l'État. Or, c'est bien le cas puisqu'en l'espèce l'État québécois a mis en place une série de lois afin d'assurer le droit de négocier collectivement et afin de protéger la sécurité sociale, économique et physique des travailleurs. Parmi les lois mises en place par l'État, il y a notamment la *Loi sur les normes du travail*, le *Code du travail* et la *Loi sur la santé et la sécurité au travail* qui chacune entraîne des difficultés d'accessibilité pour les travailleurs atypiques¹⁰¹.

Or, dans le cadre de cette question sur le lien entre l'inégalité et l'État, il est important de distinguer l'emploi précaire qui est une source de discrimination de celui qui en est la conséquence¹⁰². Pour illustrer cette deuxième situation, la surreprésentation des femmes dans le travail précaire peut être due à une structure du marché de l'emploi irréconciliable avec le rôle traditionnel des femmes. Cette inégalité serait donc la conséquence d'une discrimination. En effet, la surreprésentation au sein des emplois atypiques serait la conséquence d'une discrimination systémique résultant de rapports entre les genres et de préjugés déjà présents sur le marché de l'emploi, soit d'une continuité des inégalités. Toutefois, cette discrimination serait issue de rapports privés non visés par la *Charte canadienne*¹⁰³ et bien qu'il s'agisse d'une question importante, celle-ci n'est pas le sujet de notre étude.

¹⁰⁰ *Reference re an Act to Amend the Education Act*, 53 O.R. (2d) 513, 554; Cité dans: *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 15, 34.

¹⁰¹ Tel que discuté dans la section 1.2.

¹⁰² Stéphanie BERNSTEIN, Katherine LIPPEL, Eric TUCKER et Leah F. VOSKO, « Precarious Employment and the Law's Flaws: Identifying Regulatory Failure and Securing Effective Protection for Workers », dans *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 203 à 220, p. 213.

¹⁰³ Cette question pourrait être étudiée en vertu de la *Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ, c. C-12.

Ce mémoire s'intéresse plutôt au travail précaire comme source de discrimination. Il en est ainsi lorsque, se retrouvant dans ces formes d'emplois atypiques, les personnes ont un accès moins grand aux protections du droit du travail en raison de distinctions, implicites ou explicites inscrites dans les lois elles-mêmes. C'est de cette discrimination-là dont l'État pourrait être tenu responsable. Ainsi, le cadre juridique actuel, demeurant fondé sur une norme d'emploi déclinante, est la source de disparités grandissantes entre les formes d'emploi qui ne sont pas le résultat de rapports privés¹⁰⁴.

L'État, en ne réformant pas ce cadre juridique de plus en plus dépassé par la réalité du travail, devient responsable de la discrimination en vertu du par. 15(1) de la Charte. Le droit a, en effet, un rôle à jouer, et il doit, pour continuer à atteindre ses objectifs, demeurer efficace. Or, le déclin de l'action redistributive de l'État a un impact différent sur les hommes et sur les femmes. Par conséquent, la promotion d'une société égalitaire exige de s'assurer que les lois qui sont destinées à protéger l'ensemble des travailleurs atteignent véritablement cet objectif¹⁰⁵. Ces lois doivent par conséquent demeurer efficaces, et il doit être reconnu que l'efficacité législative est intimement liée à la position sociale des travailleurs à l'intérieur du marché de l'emploi. Cela découle du fait que cette position affecte la participation à la conception et à la mise en œuvre des lois¹⁰⁶.

Ainsi, lorsqu'il s'agit d'assurer le respect des garanties minimales établies par la *Loi sur les normes du travail*, cette attention portée à l'efficacité législative peu importe la position sociale est d'autant plus cruciale. En effet, le contenu de ces normes minimales, qui établissent le plancher sous lequel les conditions de travail ne peuvent descendre, est censé s'appliquer nonobstant les rapports de force (à la différence des conditions négociées collectivement)¹⁰⁷. Il s'agit là du principal avantage des normes minimales, qui constituent souvent les seules mesures de protection accessibles aux plus vulnérables.

Par ailleurs, l'exclusion de certaines catégories de travailleurs des protections offertes par la loi peut avoir pour effet d'inciter les employeurs à déplacer leurs travailleurs vers ces catégories, par exemple, vers le travail autonome¹⁰⁸. Ceci peut avoir pour conséquence d'accentuer les disparités déjà importantes entre les catégories de travailleurs et, plus

¹⁰⁴ S. BERNSTEIN, K. LIPPEL, E. TUCKER et L. F. VOSKO, préc., note 102, p. 212.

¹⁰⁵ *Id.*, p. 205.

¹⁰⁶ *Id.*, p. 210.

¹⁰⁷ *Id.*

¹⁰⁸ *Id.*, p. 215.

particulièrement, les disparités vécues par les femmes. Ainsi, l'efficacité législative dépend également du degré d'adaptation de la réglementation aux réalités du marché du travail¹⁰⁹. De ce fait, il est à prévoir que ces disparités de traitement perdureront jusqu'à ce que les lois soient modernisées.

À titre d'exemple, est-il toujours justifié de limiter la protection du droit du travail au travail salarié et d'exclure les travailleurs autonomes sachant que plusieurs sont soumis à un véritable lien de subordination. De plus, est-il justifié de le faire alors qu'une plus forte proportion du travail autonome féminin est caractérisée par un aspect ou l'autre de subordination¹¹⁰? Dans le contexte de la montée du « faux » travail autonome, le manque de protection contribue dès lors à exacerber les inégalités. L'État ne serait-il pas alors justifié d'adopter une définition du lien d'emploi qui soit davantage conforme à la réalité?

3.1.2.2. L'inaction gouvernementale est-elle suffisante pour fonder la responsabilité de l'État en matière de discrimination?

Ainsi, le phénomène de l'emploi précaire est issu en partie de l'inadéquation des lois du travail. Cette section regarde s'intéresse à la question de savoir si ce type d'action, ou plutôt si cette inaction peut engager la responsabilité de l'État dans le cadre juridique établi par les tribunaux en matière de droits garantis par la *Charte canadienne*? Considérant d'une part qu'il est clairement établi par la jurisprudence que l'exclusion peut engager la responsabilité de l'État et considérant d'autre part que cette inadéquation est le résultat de la somme d'exclusions implicites¹¹¹ et explicites¹¹², y a-t-il un fondement suffisant à la responsabilité de l'État?

La question de savoir quel type d'action peut engager la responsabilité de l'État à l'égard de la *Charte* est intimement liée à l'équilibre entre le pouvoir des législatures démocratiquement élues d'adopter des lois et les limites que la Constitution lui impose. Deux interprétations s'opposent et diffèrent quant à la portée que l'on attribue à la *Charte* vis-à-vis des pouvoirs de l'État. La première conçoit que seule l'action positive, par opposition à l'omission, peut faire

¹⁰⁹ *Id.*, p. 216.

¹¹⁰ Judy FUDGE, « Self-employment, Women, and Precarious Work: The Scope of Labour protection », dans *Precarious Work, Women and the New Economy. The Challenge to Legal Norms*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 201.

¹¹¹ Les exclusions qui résultent, par exemple, de difficultés en raison des caractéristiques des travailleurs atypiques.

¹¹² La plus importante de ces exclusions est celle qui exclut les travailleurs autonomes de la plupart des lois du travail.

l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*¹¹³. Selon celle-ci, le choix délibéré de ne pas légiférer ne doit pas être assimilé à une action gouvernementale puisqu'il doit y avoir un certain « exercice » du pouvoir pour que la *Charte* s'applique à la décision de la législature¹¹⁴. La seconde interprétation est celle qui a été retenue par la Cour suprême. Selon cette dernière, aucun fondement juridique ne supporte la distinction entre l'action positive et l'omission, la portée trop limitative d'une loi pouvant fonder un examen en vertu de la *Charte*.

L'analyse qui suit ne se limite pas à l'étude des principes qui touchent au droit à l'égalité et s'étend aux autres droits. Bien que la Cour suprême ait énoncé que la question de l'exclusion, ou de la non-inclusion, doit normalement être abordée dans le cadre du droit à l'égalité prévu au par. 15(1), celle-ci peut également être examinée dans le cadre d'autres droits garantis par la *Charte* lorsqu'elle emporte la négation effective d'une liberté fondamentale¹¹⁵. Non seulement ces principes applicables aux autres droits peuvent aider à comprendre comment le droit à l'égalité doit s'interpréter dans l'esprit plus large de la *Charte canadienne*, mais les défauts présents dans les lois du travail pourraient également porter atteinte à d'autres droits garantis par la *Charte*. Par exemple, les exclusions qui affectent la capacité des travailleurs atypiques à se réunir afin de négocier collectivement pourraient porter atteinte à leur liberté d'association¹¹⁶. Nous traiterons, tout d'abord, de l'exclusion dans le contexte du droit à l'égalité et ensuite, dans le contexte d'autres droits fondamentaux.

Premièrement, dans le contexte du droit à l'égalité, la juge Abella écrivait ceci au début de son rapport sur l'égalité en matière d'emploi :

[L]'inaction, quels que soient les propos avancés par le secteur public ou privé pour justifier la situation actuelle, constitue une acceptation de l'inégalité. [...] La parfaite égalité est probablement utopique. Quoi qu'il en soit, une société supposément civilisée ne peut se permettre de ne pas tendre vers sa réalisation. Si nous ne pouvons attendre la parfaite égalité, nous pouvons certainement réduire l'inégalité.¹¹⁷

Au surplus, dans un contexte où le législateur tend à intervenir de moins en moins, et ce, afin de laisser libre cours au marché :

¹¹³ *Vriend c. Alberta*, préc., note 42, par. 56.

¹¹⁴ *Id.*, par. 59.

¹¹⁵ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 28.

¹¹⁶ Voir la thèse de Brian Langille qui énonce que la Cour suprême fait erreur en abordant la question de cette façon. En effet, l'auteur soutient que la Cour devrait plutôt baser son analyse sur l'article 15 de la *Charte* : Brian LANGILLE, « The Freedom of Association Mess: How We Got into It and How We Can Get out of It », (2009) 54-1 *McGill Law J.* 177.

¹¹⁷ R. S. ABELLA, préc., note 6, p. 6.

[I]t is often the unduly minimal state, not the unduly irrational state, that is the cause of the unaddressed wrongful group disadvantage caused by social circumstances, and it is thus the unduly minimal state, rather than the unduly irrational state, that might best be viewed as the target of the equal protection clause.¹¹⁸

Cette question de la violation du droit à l'égalité par application restreinte d'une loi a été soumise à la Cour suprême à l'occasion de l'arrêt *Vriend*. La Cour a alors examiné l'omission d'inclure l'orientation sexuelle parmi les motifs de distinction illicites au titre de la loi sur les droits de la personne de l'Alberta. Plus concrètement, le choix délibéré de ne pas légiférer pouvait-il être assimilé à une action gouvernementale et, par conséquent, être l'objet d'un examen fondé sur la *Charte*? La réponse de la Cour suprême à cette question est sans équivoque : peu importe que l'empiètement sur les droits découle d'une omission ou d'un acte positif, la *Charte* doit trouver application. Au sujet de l'article 32 de la *Charte*, la Cour suprême a déclaré que « [r]ien n'indique qu'une action positive empiétant sur des droits soit nécessaire; en fait, l'alinéa parle uniquement de domaines relevant de cette législature »¹¹⁹. Selon la Cour, cet article de la *Charte* est [TRADUCTION] « rédigé d'une manière assez générale pour viser les obligations positives du législateur, de telle sorte que la *Charte* s'appliquera même lorsque le législateur refuse d'exercer son pouvoir »¹²⁰. Dans le contexte de l'arrêt *Vriend*, il a été jugé que l'omission de prévoir une voie de recours au bénéfice des homosexuels, loin d'être un « silence » neutre du législateur, renforce plutôt l'idée voulant que les homosexuels soient des personnes moins dignes de protection au sein de la société canadienne¹²¹. Ainsi, il importe de déterminer quels sont les effets d'une action gouvernementale, et s'ils sont discriminatoires, du moment qu'il y a une différence de traitement, que celle-ci soit le fait d'une exclusion, délibérée ou non.

Deuxièmement, la responsabilité de l'État du fait de l'exclusion a également été étudiée à l'extérieur du contexte du droit à l'égalité. Dans l'arrêt *Dunmore*, à l'exception de la juge L'Heureux-Dubé, la Cour suprême juge inutile d'examiner l'exclusion des travailleurs agricoles du régime légal ontarien de relations de travail en vertu du par. 15(1) puisqu'elle conclut déjà à

¹¹⁸ Robin WEST, « Groups, Equal Protection and Law », (2002) 2-1 *Issues Leg. Scholarsh.*, 308, en ligne : <<http://www.degruyter.com/view/j/ils.2002.2.issue-1/ils.2002.2.1.1018/ils.2002.2.1.1018.xml>> (consulté le 19 décembre 2016). Cité dans : Melanie RANDALL, « Equality Rights and the Charter: Reconceptualizing State Accountability for Ending Domestic Violence », dans *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality Rights Under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009, p. 275-317, p. 308.

¹¹⁹ *Vriend c. Alberta*, préc., note 42, par. 60.

¹²⁰ Dianne POTHIER, « The Sounds of Silence: Charter Application when the Legislature Declines to Speak », *Forum Const.* 1996.113. Cité dans : *Vriend c. Alberta*, préc., note 42, par. 60.

¹²¹ *Vriend c. Alberta*, préc., note 42, par. 102.

l'inconstitutionnalité de cette exclusion en raison de l'atteinte à la liberté d'association¹²². Cet arrêt a donc servi à déterminer si la responsabilité de l'État vis-à-vis des libertés garanties par la *Charte* est seulement « négative », « en ce sens que le Parlement et les législatures provinciales sont seulement tenus de s'abstenir de toute intervention portant atteinte (par son objet ou son effet) à une activité associative protégée »¹²³. La Cour suprême a répondu par la négative à cette question puisqu'elle soutient que l'histoire a montré qu'une attitude de retenue, dans le domaine des relations de travail, expose la plupart des travailleurs à diverses pratiques déloyales. Tel que l'exprime le passage suivant :

[J]'estime qu'indépendamment de l'atteinte éventuelle au droit à la dignité, l'exclusion d'un régime de protection peut, dans certains contextes, équivaloir à une entrave manifeste à l'exercice réel d'une liberté garantie. En pareil cas, ce n'est pas tant le traitement différent qui est en cause, que le fait que le gouvernement crée des conditions qui ont pour effet d'entraver considérablement l'exercice d'un droit constitutionnel.¹²⁴

Dans ce contexte, la Cour suprême a refusé de conclure que l'incapacité des travailleurs agricoles de constituer une association ne résultait que de l'action privée, sous la forme de représailles de la part de leurs employeurs. La Cour suprême ne pouvait ignorer que l'exclusion expresse des travailleurs agricoles du régime des rapports collectifs de l'Ontario exposait ces travailleurs aux représailles des employeurs, c'est-à-dire que sans la protection voulue, la liberté de se syndiquer pouvait n'être [TRADUCTION] « rien d'autre que la liberté de subir de graves préjudices sur le plan juridique et économique »¹²⁵. La Cour suprême rappelait ainsi l'évolution de l'interprétation de l'« action gouvernementale » et le fait qu'elle a maintes fois soutenu que « la participation de personnes privées à la violation de libertés fondamentales ne met pas l'État à l'abri d'un contrôle judiciaire fondé sur la *Charte* ». Plus encore, la Cour affirme que, dans le contexte du par. 15(1), « la *Charte* peut obliger l'État à élargir le champ d'application d'une loi lorsque sa portée trop limitative permet à une personne privée de porter atteinte à des droits et libertés fondamentaux »¹²⁶.

La Cour suprême reconnaît, par ailleurs, que l'exclusion n'a pas simplement pour effet de permettre des atteintes privées à leur liberté fondamentale, mais de les renforcer

¹²² Voir la critique de Brian Langille quant à ce choix. B. LANGILLE, préc., note 116.

¹²³ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 19.

¹²⁴ *Id.*, par. 22.

¹²⁵ Harry W. ARTHURS, *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 4e éd., Deventer, Kluwer, 1993, par. 431; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 22.

¹²⁶ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 26.

considérablement. Bien que des conditions privées sont à la source de la vulnérabilité des travailleurs agricoles, qui découle notamment de leurs faibles revenus, de leur isolement, du caractère saisonnier de leur activité et de leur faible instruction, le législateur a non seulement permis le maintien de ces conditions, mais il en a également permis le renforcement¹²⁷. En effet, en raison de la situation particulière des travailleurs agricoles, leur exclusion en bloc du régime de relations de travail ne pouvait être perçue que comme une incitation à entraver leur activité associative¹²⁸.

De surcroît, la juge L'Heureux-Dubé, dans un jugement concourant, réitère ses propres propos énoncés dans l'arrêt *Egan*¹²⁹ à l'effet que les groupes plus vulnérables sur le plan social ressentent les effets préjudiciables d'une distinction d'origine législative plus vivement que les autres groupes, d'où l'importance d'examiner l'atteinte portée au droit du point de vue de la partie lésée dans ses droits¹³⁰. Sur ce point, elle constate que « la situation est aggravée par le fait que les travailleurs agricoles en Ontario [...] sont aussi exclus des normes d'emplois, de santé et de sécurité au travail et d'autres régimes de protection »¹³¹. De la même façon, les travailleurs atypiques sont souvent exclus de l'application de plusieurs lois à la fois.

En somme, le « minimum d'action gouvernementale » requis pour que la *Charte* puisse s'appliquer est atteint dès lors que cette action est visée par l'article 32. Cet article vise ainsi tous les domaines relevant de la législature¹³², c'est-à-dire que dès que l'État décide de réglementer une relation d'ordre privé (comme celle entre employeur et employé)¹³³, ce domaine devient du domaine public.

Ainsi, les limites du domaine privé n'obéissent pas à une définition de ce qui est a priori « privé »¹³⁴, mais par l'absence d'intervention gouvernementale, législative ou autre¹³⁵. Partant de cette dernière définition et tel que la Cour l'a énoncé dans l'arrêt *Dunmore*, la non-inclusion ou l'exclusion ne survient pas dans un « vide juridique » puisque l'État a déjà mis en place des régimes afin de gouverner les relations entre employeur et employés, soit un régime de relations

¹²⁷ *Id.*, par. 44.

¹²⁸ *Id.*, par. 46.

¹²⁹ *Egan c. Canada*, préc., note 27, par. 58.

¹³⁰ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 142.

¹³¹ *Id.*, par. 151.

¹³² *Vriend c. Alberta*, préc., note 42, par. 60.

¹³³ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 29.

¹³⁴ Comme par exemple les relations entre conjoints ou toutes autres relations entre citoyens.

¹³⁵ Peter W. HOGG, *Constitutional law of Canada*, Loose-Leaf, 2, Scarborough, Ont., Carswell, 1992; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 29.

de travail¹³⁶. C'est pourquoi l'État, en raison de son inaction face à l'exclusion dont sont victimes les travailleurs atypiques, peut être responsable d'une atteinte au droit à l'égalité, et possiblement à d'autres droits.

3.2. La question de l'obligation positive

Si l'État est imputable pour la discrimination systémique dont sont victimes les femmes en raison de l'emploi précaire, quel remède peut être envisagé ? Cette conclusion peut-elle obliger l'État à adapter ses lois afin de tenir compte des nouvelles transformations du marché, soit une action de type positive ? En d'autres termes, la Constitution peut-elle contraindre l'État à légiférer ?

Afin de répondre à cette question, il faut se référer à la jurisprudence qui traite de l'obligation positive dans le cadre du droit à l'égalité et, plus largement, dans le contexte de l'ensemble des droits et libertés reconnus par la *Charte canadienne*. En effet, l'interprétation donnée aux autres droits renseigne sur l'interprétation qui doit être donnée au droit à l'égalité, puisque chaque droit énoncé par la *Charte* doit être interprété d'une manière qui préserve ses valeurs sous-jacentes et sa cohérence interne. La *Charte* est ainsi conçue comme un système où chaque élément contribue au sens de l'ensemble des éléments¹³⁷.

Subsidiairement, en ne protégeant pas adéquatement les travailleurs précaires, il se pourrait que l'État porte atteinte à d'autres droits garantis par la *Charte*, comme la liberté d'association ou le droit à la sécurité. Si tel était le cas, l'État pourrait être obligé de modifier sa loi afin de permettre l'exercice de ces droits.

Ainsi, pour lutter contre la montée de l'emploi précaire, l'État devrait adapter les lois du travail afin d'en éliminer les disparités qui limitent la protection et les avantages offerts aux travailleurs atypiques, qui sont majoritairement des femmes. Sans une réelle prise en compte de la situation des travailleurs atypiques, la loi est condamnée à perpétuer un désavantage de nature discriminatoire à leur égard.

¹³⁶ *Association des cadres de la Société des casinos du Québec et Société des casinos du Québec inc.*, 2016 QCTAT 6870, par. 372 et s.; *Association professionnelle des cadres de premier niveau d'Hydro-Québec (APCPNHQ) et Hydro-Québec*, 2016 QCTAT 6871, par. 429 et s.

¹³⁷ *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, 365. Cité dans: *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 69, par. 80.

Exiger une telle action de la part de l'État reviendrait toutefois à lui imposer une obligation positive. Ce mémoire soumet que l'État a, effectivement, une telle obligation puisqu'il est le seul à pouvoir remédier aux inégalités systémiques dont sont victimes les femmes occupant un emploi précaire. En effet, l'État peut corriger les exclusions que contiennent les lois et répondre au problème par un remède d'ordre systémique. Dans le rapport sur l'égalité en emploi, la juge Abella énonçait d'ailleurs à ce sujet:

It is not that individuals in the designated groups are inherently unable to achieve equality on their own, it is that the obstacles in their way are so formidable and self-perpetrating that they cannot be overcome without intervention.¹³⁸

En somme, la meilleure manière de faire tomber les barrières systémiques à l'égalité des femmes en emploi est d'adopter une approche systémique qui passe par l'adaptation des lois du travail. La discrimination systémique, tout comme le travail précaire, est un phénomène multidimensionnel et l'interdiction de discrimination doit pouvoir viser toutes ces dimensions.

S'il est vrai que, comme l'énonçait la juge Abella, les lois concrétisent des engagements, fixent des objectifs et proclament une ferme intention d'empêcher ou d'encourager certains comportements, tout cela en conformité avec les attentes d'une collectivité¹³⁹, alors ces lois doivent également demeurer à jour. Il en est ainsi en raison du fait que l'État s'est engagé à réaliser l'égalité. Les femmes ne devraient pas être ségréguées dans les emplois atypiques et, lorsqu'elles s'y retrouvent, elles ne devraient pas souffrir d'un défaut de protection. Pour la juge Abella, l'égalité, pour les femmes, est aussi le fait de pouvoir choisir et de ne pas être plus désavantagées que les hommes par ce choix¹⁴⁰. À cette fin, l'État est le mieux placé afin de protéger les plus vulnérables contre les abus d'individus et d'organisations plus puissants qu'eux. L'État ne devrait-il pas avoir une obligation de permettre l'exercice d'un véritable choix¹⁴¹? En d'autres mots, si une femme choisit un emploi à temps partiel, elle devrait avoir droit à des avantages et à une protection équivalents à ceux de la personne qui effectue ce même travail, mais à temps plein.

¹³⁸ Rosalie S. ABELLA, *Equality in Employment: A Royal Commission Report*, Minister of Supply and Services Canada, 1984, p. 254.

¹³⁹ R. S. ABELLA, préc., note 6, p. 223.

¹⁴⁰ *Id.*, p. 29.

¹⁴¹ D. MAJURY, préc., note 4, p. 213 et 214.

3.2.1. Obligation positive dans le contexte de l'ensemble des autres droits et libertés reconnus par la *Charte*

Comme mentionné précédemment, la Cour suprême a reconnu par le passé, que dans certaines circonstances, une obligation positive incombait à l'État. L'absence d'intervention gouvernementale peut effectivement porter atteinte à un droit ou empêcher la jouissance d'une liberté.

Cette question a surtout été étudiée dans le contexte de la liberté d'association. En effet, depuis l'arrêt *Dunmore*, plusieurs ont repris l'argument selon lequel la liberté d'association peut être entravée par le défaut par l'État de légiférer de manière inclusive. Le gouvernement peut alors être tenu de créer un cadre législatif¹⁴². Ainsi, cet arrêt soulève la question suivante : pour que la liberté syndicale ait un sens, l'al. 2d) de la Charte impose-t-il à l'État l'obligation positive d'étendre la protection légale à des groupes non protégés¹⁴³? Pour la première fois, la Cour suprême reconnaît une telle obligation dans cet arrêt.

Or, cette obligation positive pour l'État de faire en sorte que ses lois soient dûment inclusives ne s'applique pas en toutes circonstances. La Cour balise cette possibilité de reconnaître une obligation positive, dans un contexte extérieur au par. 15(1), en établissant un critère fondé sur la jurisprudence. Premièrement, les arguments fondés sur la non-inclusion doivent reposer sur des libertés fondamentales garanties par la *Charte* et non sur l'accès à un régime légal précis¹⁴⁴. Deuxièmement, la preuve doit démontrer que l'absence de l'intervention gouvernementale est à l'origine d'une entrave substantielle à l'exercice de l'activité protégée. Cet exercice doit être sensiblement limité, sans avoir à être rendu totalement impossible¹⁴⁵. Il faut alors porter une attention particulière à la distinction qui existe entre les groupes qui sont assez forts pour défendre leurs intérêts sans le secours d'une législation et ceux qui n'ont aucun moyen de protéger leurs intérêts, si ce n'est le droit d'abandonner leur emploi¹⁴⁶. Troisièmement, il faut que cette entrave ait un lien avec l'État et non seulement avec un acte privé¹⁴⁷. Pour ce faire, l'exclusion ne doit pas simplement avoir pour effet de permettre des atteintes privées à

¹⁴² *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 69; *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, [2011] 2 R.C.S. 3.

¹⁴³ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 20.

¹⁴⁴ *Id.*, par. 24.

¹⁴⁵ Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act (Alb.)*, préc., note 99, 361; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 25.

¹⁴⁶ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 41.

¹⁴⁷ *Id.*, par. 35.

leurs libertés fondamentales, mais de les renforcer considérablement. À cet égard, le contexte de l'affaire joue pour beaucoup.

En effet, comme vu plus haut, la conclusion de la Cour est en partie motivée par la situation particulièrement vulnérable des travailleurs agricoles, mais également par le fait que cette décision survient dans le contexte des relations de travail. La Cour se demande effectivement « si la distinction entre obligations positives et négatives de l'État doit être nuancée dans le contexte des relations de travail, en ce sens que l'exclusion des travailleurs agricoles de l'application d'un régime de protection contribue substantiellement à la violation de libertés protégées »¹⁴⁸.

Pour sa part, la juge L'Heureux-Dubé écrit que dans le contexte concret du marché du travail, l'omission du législateur de préciser un régime qui définit les activités associatives qui doivent être protégées contre les représailles des employeurs a un effet paralysant sur les travailleurs agricoles¹⁴⁹. Cet effet trouve son origine dans la crainte d'être pénalisé, ce qui peut décourager certaines personnes à exercer un droit constitutionnel. En somme, dans une démocratie constitutionnelle, et plus particulièrement dans le contexte particulier des relations de travail, « il ne suffit pas de protéger les libertés fondamentales contre les mesures de l'État : il faut leur assurer un « espace vital » »¹⁵⁰.

Les arrêts *Health Services*¹⁵¹ et *Fraser*¹⁵² sont par la suite venus confirmer cette interprétation de la Cour suprême en ce qui a trait à l'obligation positive. L'arrêt *Health Services* portait sur l'inclusion de la négociation collective dans la liberté d'association garantie à l'al. 2d) de la *Charte*. Ainsi, cet arrêt cite plusieurs principes énoncés dans *Dunmore* dont il reprend certaines conclusions, notamment celle qui énonce « qu'en certaines circonstances l'al. 2d) peut imposer aux gouvernements des obligations positives destinées à étendre la protection légale à des groupes particuliers »¹⁵³. Cette protection légale doit tenir compte du fait que la liberté d'association ne possède pas seulement un caractère théorique et commande un « processus » qui

¹⁴⁸ *Id.*, par. 20.

¹⁴⁹ *Id.*, par. 148.

¹⁵⁰ *Id.*

¹⁵¹ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 69.

¹⁵² *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, préc., note 142.

¹⁵³ *Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique*, préc., note 69, par. 34.

permet véritablement la poursuite d'objectifs communs liés au travail¹⁵⁴, bien qu'elle n'impose pas de processus particulier.

L'arrêt *Fraser*, qui portait également sur le droit à la négociation collective, confirme l'interprétation des deux arrêts précédents à l'égard de l'obligation positive. En effet, le droit à la négociation collective, qui dérive de la liberté d'association, peut obliger l'État à prendre des mesures concrètes¹⁵⁵. La juge en chef McLachlin, en effectuant un retour sur l'incidence de *Dunmore*, énonce que la réparation pour la violation de la liberté d'association consiste à ordonner à l'État de modifier le régime législatif de manière à rendre possible l'exercice véritable d'une activité associative¹⁵⁶. Plus concrètement, dans le cadre de l'al. 2*d*), cela implique pour l'État de devoir imposer des obligations légales à l'employeur afin d'assurer une négociation de bonne foi¹⁵⁷.

De plus, en réponse aux arguments du juge Rothstein, en désaccord quant à la portée constitutionnelle de la liberté d'association, la juge McLachlin cite le juge Bastarache dans *Dunmore* à propos de l'utilité de nuancer la distinction entre obligations positives et négatives de l'État dans le contexte des relations de travail¹⁵⁸. La juge en chef cite également la juge L'Heureux-Dubé qui soutenait dans l'arrêt *Haig* que « les distinctions entre « libertés » et « droits » et entre droits positifs et droits négatifs ne sont pas toujours nettes ni utiles ». Il est plus juste d'adopter une approche destinée à la réalisation de l'objet de la loi¹⁵⁹. En effet, dans cet arrêt, la Cour suprême reprenait les motifs dissidents du juge Dickson dans le *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)* en soumettant qu'une conception trop étroite de la nature des « libertés » risque de porter sensiblement atteinte à la jouissance de libertés fondamentales¹⁶⁰. Suivant cette approche fondée sur l'objet, « il pourrait se présenter une situation dans laquelle il ne suffirait pas d'adopter une attitude de réserve pour donner un sens à une liberté fondamentale, auquel cas une mesure gouvernementale s'imposerait peut-être »¹⁶¹.

Pour en revenir à l'arrêt *Fraser*, une analyse de la divergence entre l'opinion des juges majoritaires et l'opinion du juge Rothstein dans cet arrêt révèle que cette divergence semble

¹⁵⁴ *Id.*, par. 29.

¹⁵⁵ *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, préc., note 142, par. 68.

¹⁵⁶ *Id.*, par. 33.

¹⁵⁷ *Id.*, par. 73.

¹⁵⁸ *Id.*, par. 68.

¹⁵⁹ *Haig c. Canada*, [1993] 2 R.C.S. 995, par. 1039.

¹⁶⁰ *Haig c. Canada*, préc., note 159.

¹⁶¹ *Id.*

plutôt dériver du fait que ce dernier ne croit pas que la négociation collective découle véritablement de la liberté d'association. Il s'agit d'un désaccord quant à la portée constitutionnelle accordée à la liberté d'association dans l'arrêt *Health Services*, c'est-à-dire que je juge ne croit pas, contrairement à la majorité, que les deux sont inextricablement liés¹⁶². Il s'agit là de son argument principal puisque le juge Rothstein reconnaît la notion d'entrave substantielle énoncée dans l'arrêt *Dunmore* dans la mesure où il s'agit de protéger la capacité de former une association¹⁶³. Cette reconnaissance signifie qu'il n'est pas, fondamentalement, en désaccord avec l'idée que, dans certaines circonstances, une liberté puisse générer une obligation positive. C'est pourquoi il « concède que dans des « circonstances exceptionnelles » (*Dunmore*, par. 21 ; *Delisle*, par. 33), une liberté garantie par la *Charte* peut obliger l'État à prendre des mesures positives »¹⁶⁴.

Quelques années plus tard, en 2015, une trilogie d'arrêts vient confirmer la portée reconnue à la liberté d'association dans un contexte de travail et l'étend au droit de grève : *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*¹⁶⁵ (l'affaire APMO), *Meredith c. Canada (Procureur général)*¹⁶⁶, *Sask. Fed. of Labour c. Saskatchewan*¹⁶⁷. Dans l'affaire APMO, la Cour suprême déclare l'inconstitutionnalité du régime de relations du travail s'appliquant aux membres de la GRC et leur exclusion du régime général, et écarte ainsi l'arrêt *Delisle* qu'elle avait rendu dans un même contexte en 1999¹⁶⁸. Dans les motifs concourants de ce dernier arrêt, la juge L'Heureux-Dubé ouvrait la porte à la reconnaissance d'une obligation positive, s'appliquant aux gouvernements, de fournir une protection législative contre les pratiques déloyales de travail en raison de la vulnérabilité inhérente des employés aux pressions de leurs employeurs¹⁶⁹. Dans l'arrêt APMO, la Cour fait également mention de cette condition inhérente du salarié et demande à ce que la protection accordée par l'al. 2d) de la *Charte* s'interprète en tenant compte du déséquilibre des forces en présence :

Pour récapituler, l'al. 2d) protège contre une entrave substantielle au droit à un processus véritable de négociation collective. Historiquement, les travailleurs se sont associés pour « faire face, à armes plus égales, à la puissance et à la force de

¹⁶² *Ontario (Procureur général) c. Fraser*, préc., note 142, par. 194.

¹⁶³ *Id.*, par. 154.

¹⁶⁴ *Id.*, par. 193.

¹⁶⁵ *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 3.

¹⁶⁶ *Meredith c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 125.

¹⁶⁷ *Sask. Fed. of Labour c. Saskatchewan*, [2015] 1 R.C.S. 245.

¹⁶⁸ *Delisle c. Canada (Sous-procureur général)*, préc., note 71.

¹⁶⁹ *Id.*

ceux avec qui leurs intérêts interagissaient et, peut-être même, entraient en conflit », c'est-à-dire leur employeur (*Renvoi relatif à l'Alberta*, p. 366). La garantie prévue à l'al. 2d) de la Charte ne peut faire abstraction du déséquilibre des forces en présence dans le contexte des relations du travail. Le permettre reviendrait à ne pas tenir compte « des origines historiques des concepts enchâssés » à l'al. 2d) (*Big M Drug Mart*, p. 344). Portera donc atteinte au droit à un processus véritable de négociation collective tout régime législatif qui prive les employés de protections adéquates dans leurs interactions avec l'employeur de manière à créer une entrave substantielle à leur capacité de véritablement mener des négociations collectives.¹⁷⁰

Finalement, deux décisions récentes du Tribunal administratif du travail (ci-après « T.A.T. ») traitent de la liberté d'association par le biais d'une analyse de la constitutionnalité de l'exclusion des cadres de la définition de salarié aux fins de l'application du *Code du travail*¹⁷¹. Le T.A.T. passe en revue la jurisprudence en matière de liberté d'association et cite les passages de l'arrêt *Dunmore* qui énoncent que, dans certains cas, si une entrave substantielle est constatée, l'État peut avoir une obligation positive de protéger la liberté d'association. Ainsi, à l'argument de la Procureure générale du Québec selon lequel, sauf exception, l'État n'a pas une obligation positive afin de permettre l'exercice d'une liberté garantie, mais uniquement un devoir de non-ingérence, le T.A.T. répond qu'il considère que l'exclusion des cadres de la définition de salarié n'intervient pas dans un vide juridique¹⁷². Le T.A.T. conclut donc que les associations ne demandent pas à l'État d'intervenir positivement en adoptant une mesure, mais de s'abstenir de s'ingérer dans leur rapport de force par cette exclusion. Au surplus, le T.A.T. énonce que « même si l'on considère que les associations demanderesses requièrent une action positive de l'État, le Tribunal en arriverait à la même conclusion » puisqu'elles ne cherchent qu'à pouvoir exercer leur droit à un véritable processus de négociation collective. C'est ainsi leur incapacité à le faire en raison de leur exclusion du Code en l'absence de tout autre régime législatif qui constitue une entrave substantielle¹⁷³.

¹⁷⁰ *Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général)*, préc., note 165, par. 80.

¹⁷¹ *Association des cadres de la Société des casinos du Québec et Société des casinos du Québec inc.*, préc., note 136; *Association professionnelle des cadres de premier niveau d'Hydro-Québec (APCPNHQ) et Hydro-Québec*, préc., note 136. Au moment d'écrire ces lignes, ces décisions faisaient l'objet d'un pourvoi en contrôle judiciaire auprès de la Cour supérieure du Québec : *Société des casinos du Québec c. Tribunal administratif du travail*, 2017 QCCS 2525 (demande de sursis des procédures pendantes devant le T.A.T. accordée).

¹⁷² *Association des cadres de la Société des casinos du Québec et Société des casinos du Québec inc.*, préc., note 136, par. 374. Le T.A.T. cite d'ailleurs à cet égard l'arrêt : *Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général)*, préc., note 63.

¹⁷³ *Association des cadres de la Société des casinos du Québec et Société des casinos du Québec inc.*, préc., note 136, par. 380.

L'État a, par conséquent, une responsabilité dans l'entrave substantielle, même si des acteurs privés y ont contribué¹⁷⁴. Encore une fois, le fait que l'obligation positive soit invoquée dans un contexte de relations de travail a eu son importance : l'argument selon lequel les cadres doivent être envisagés comme un groupe d'employés privilégiés doit être nuancé dans ce contexte puisqu'en tant que salariés, ils sont vulnérables. À cet égard, l'expert agissant pour les associations de cadres, le professeur Michel Coutu observait que les conditions de travail des cadres présentaient une certaine précarisation liée « aux pressions engendrées par la mondialisation économique, la concurrence accrue entre les entreprises et les conséquences de leur restructuration quasi permanentes, de même que les difficultés budgétaires que connaît l'État »¹⁷⁵.

La question de l'obligation positive a également été étudiée dans l'arrêt *Gosselin* par la juge Arbour dans une dissidence éclairante¹⁷⁶. Dans cet arrêt, l'appelante, une bénéficiaire d'aide sociale, contestait la validité constitutionnelle du régime d'aide sociale fixant le montant des prestations versées aux bénéficiaires de moins de trente ans au tiers de celui des prestations offertes aux trente ans et plus. L'appelante plaidait que le régime d'aide sociale en vigueur en 1984 contrevenait ainsi au droit « à la vie, à la liberté et à la sécurité de sa personne » prévu à l'article 7 ainsi qu'au droit à l'égalité.

Avant de traiter de la position adoptée par la juge Arbour, il convient de rappeler que huit des neuf juges choisissent de ne pas se prononcer sur la possibilité que l'article 7 puisse forcer l'État à intervenir afin d'accorder le droit à des prestations d'aide sociale, soit une obligation de type positive. En effet, il s'agit d'une question fort controversée puisqu'un courant important soutient que l'article 7 ne peut servir de base à une obligation d'agir de la part de l'État en ce qui a trait à des intérêts purement économiques ou financiers¹⁷⁷. Dans l'arrêt *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*¹⁷⁸, la Cour suprême a toutefois jugé que les dispositions qui prohibent le recours à l'assurance privée pour les services couverts par le régime public de santé portaient atteinte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité dans la mesure où le régime public n'est pas en état de garantir un accès efficace aux soins. Dans l'arrêt *Carter c. Canada (Procureur*

¹⁷⁴ *Id.*

¹⁷⁵ *Id.*, par. 63.

¹⁷⁶ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, [2002] 4 R.C.S. 429.

¹⁷⁷ H. BRUN, G. TREMBLAY et E. BROUILLET, préc., note 12, p. 1155.

¹⁷⁸ *Chaoulli c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 791.

général)¹⁷⁹, la Cour a jugé, dans ce même esprit, que l'interdiction de recourir à l'aide médicale à mourir portait atteinte aux droits prévus à l'article 7. Ces deux décisions obligeaient ainsi, implicitement, les législatures concernées à réformer les lois en question afin de respecter ce droit fondamental.

La juge Arbour aborde quant à elle cette question de front, et conclut que l'article 7 impose à l'État l'obligation positive d'assurer à ses citoyens la protection élémentaire en ce qui touche la vie, la liberté et la sécurité des personnes. Pour en arriver à cette conclusion, elle applique le critère à trois volets développé dans *Dunmore* afin de reconnaître qu'une mesure législative, en raison de sa portée trop limitative, viole la *Charte*. Elle conclut que les trois conditions sont remplies étant donné que, premièrement, ce qui est en jeu n'est pas l'exclusion d'un régime légal précis, mais les droits fondamentaux des demandeurs à la sécurité de leur personne et à la vie. Deuxièmement, elle conclut que la preuve établit que cette sécurité physique et psychologique est sérieusement compromise et, troisièmement, que cette atteinte est directement reliée à l'exclusion des jeunes adultes du plein bénéfice des avantages du régime d'aide sociale.

Son analyse se structure en deux étapes : dans la première, elle démantèle les barrières à la reconnaissance de la dimension positive de l'article 7 et, dans la seconde, elle se base sur une analyse téléologique, textuelle et contextuelle de la *Charte* pour justifier cette dimension positive.

La juge Arbour énonce d'abord que rien ne s'oppose à la reconnaissance de droits économiques. Le droit revendiqué par l'appelante ne s'apparente en rien à un droit de propriété¹⁸⁰, mais est plutôt lié « à des considérations touchant fondamentalement à la santé d'une personne [...] et même, à la limite, à la survie de cette personne »¹⁸¹.

En ce qui a trait à l'emplacement de l'article 7 dans la section des garanties juridiques, la juge considère qu'il ne s'agit pas là d'un élément déterminant de l'interprétation de cet article. Interpréter restrictivement un droit garanti sur cette base serait incompatible avec une interprétation libérale et téléologique de la *Charte*¹⁸².

¹⁷⁹ *Carter c. Canada (Procureur général)*, [2015] 1 R.C.S. 331.

¹⁸⁰ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

¹⁸¹ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 176, par. 311.

¹⁸² *Id.*, par. 314 et s.

La juge écarte ensuite la prétention selon laquelle l'article 7 n'accorde que des droits négatifs, à savoir des garanties de non-intrusion, et que, par conséquent, il ne saurait entrer en jeu en l'absence de mesure étatique positive¹⁸³. La juge considère, au contraire, que l'article 7 comporte une garantie d'« intervention », ce qui signifie que les droits qui y sont consacrés sont susceptibles de violation du seul fait de l'inaction de l'État ou du défaut de celui-ci de pourvoir activement à la mise en place des conditions nécessaires à leur respect.

De l'avis de la juge Arbour, le concept de « privation », évoqué dans le texte anglais de l'article 7, est suffisamment large pour englober les privations dont l'effet est d'ériger des obstacles à la réalisation d'un objectif¹⁸⁴. Pour l'État, l'obligation d'agir en contexte législatif, pourrait naître de la décision de légiférer d'une manière non inclusive. À cet égard, la juge énonce qu'il ne sera pas requis « que la mesure étatique soit de nature à constituer une cause déterminante de la violation d'un droit, mais simplement qu'il s'agisse d'une mesure qui « crée » ou fasse naître une obligation d'agir de la part de l'État »¹⁸⁵. Ce faisant, les tribunaux ne dicteront pas comment répartir des ressources limitées, c'est-à-dire qu'ils ne détermineront pas ce que l'État doit faire. Ils détermineront plutôt si l'article 7 peut servir de fondement à l'obligation d'intervenir afin de fournir des moyens élémentaires de subsistance aux personnes incapables de subvenir à leurs besoins¹⁸⁶.

Ces obstacles écartés, la juge Arbour passe à la seconde étape de son analyse et adopte une approche textuelle, téléologique et contextuelle afin d'interpréter l'article 7. La juge confère alors à ce droit une dimension positive. Premièrement, la juge est d'avis que le texte de l'article 7 démontre qu'il accorde une protection plus large que celle qu'il ne soit porté atteinte à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale. Cette protection élargie serait susceptible de violation par la simple inaction de l'État.

Deuxièmement, l'analyse téléologique exige d'adopter une interprétation libérale plutôt que formaliste qui vise à réaliser l'objet d'une garantie et assurer pleinement la protection¹⁸⁷. Ainsi, il serait erroné d'interpréter le droit à la vie de l'article 7 seulement comme une protection contre la peine de mort. Une telle interprétation viderait ce droit de tout contenu utile, ce qui

¹⁸³ *Id.*, par. 319 et s.

¹⁸⁴ *Id.*, par. 321.

¹⁸⁵ *Id.*, par. 328.

¹⁸⁶ *Id.*, par. 330 et 332.

¹⁸⁷ *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

risquerait de miner la cohérence et l'objet de la *Charte* dans son ensemble, le droit à la vie constituant la condition *sine qua non* de la possibilité de jouir de tous les autres droits garantis¹⁸⁸.

Troisièmement, l'analyse contextuelle indique que chaque élément individuel de la *Charte* est lié aux autres et doit être interprété en fonction de l'ensemble de sa structure¹⁸⁹. Conformément à une telle approche, il est clair selon la juge Arbour que les droits positifs ne sont pas incompatibles avec l'objet de la *Charte*, celle-ci imposant à l'État l'obligation d'agir de façon concrète en vue d'assurer la protection d'un nombre appréciable de droits¹⁹⁰.

La juge Arbour termine son analyse en invoquant l'article premier qui démontre, selon elle, que les dispositions créatrices de droits de la *Charte* comportent invariablement une dimension positive¹⁹¹. Cet article a comme effet, premièrement, d'enchâsser dans la Constitution, les droits et libertés présents dans la *Charte* et, deuxièmement, d'établir explicitement les seuls critères justificatifs auxquels doivent satisfaire les restrictions apportées à ces droits et libertés¹⁹². Ainsi, l'objet même de l'enchâssement de la *Charte* dans la Constitution est que « la société canadienne doit être libre et démocratique »¹⁹³. C'est donc que les valeurs qui sous-tendent les droits et libertés garantis par la *Charte* sont précisément celles qui doivent être invoquées pour démontrer que la restriction dont on assortit ces droits et libertés est justifiée¹⁹⁴. Autrement dit, il s'agit de démontrer que cette restriction est nécessaire afin de concilier des droits opposés ou permettre à de tels droits de s'exprimer le plus complètement possible. Ainsi, s'il existe des raisons de principe pour limiter l'obligation du gouvernement de remédier au désavantage, il convient de réserver l'étude de ces principes au moment de trancher la question de savoir si la violation d'un droit est justifiée conformément à l'article premier¹⁹⁵.

3.2.2. Obligation positive dans le contexte de l'article 15

Aborder l'obligation positive sous l'angle du droit à l'égalité permettrait de réclamer de l'État une action allant au-delà de la simple inclusion dans un régime existant. Par exemple, dans

¹⁸⁸ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 176, par. 346.

¹⁸⁹ *Id.*, par. 349.

¹⁹⁰ *Id.*, par. 350.

¹⁹¹ *Id.*, par. 351.

¹⁹² *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, 135.

¹⁹³ *Id.*, 136.

¹⁹⁴ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 176, par. 353.

¹⁹⁵ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, [1997] 3 R.C.S. 624, par. 77.

l'éventualité où les lois du travail étaient rendues désuètes par les mutations du marché de l'emploi, et qu'une large portion de la population de travailleurs n'avait plus accès au droit du travail, pourrait-on considérer que l'État a une obligation positive, imposée par la Constitution, de protéger les travailleurs les plus vulnérables? Cette question touche ainsi à l'éventail des remèdes qui pourront être envisagés : peut-on demander à l'État d'« adapter » sa loi au lieu de simplement « inclure »?

L'interprétation selon laquelle l'article 15 impose, parfois, une obligation positive à l'État est celle qui semble la plus compatible avec l'objectif d'égalité réelle promue par la *Charte*. Si l'État n'a pas l'obligation de remédier à tous les symptômes de l'inégalité systémique dans la société, on peut croire qu'il a l'obligation de remédier à ceux qui sont attribuables aux défauts présents dans sa législation du travail.

Bien que la Cour suprême ait évité jusqu'à aujourd'hui de répondre à la question de l'obligation positive dans le contexte du droit à l'égalité, elle a, à de multiples reprises, exprimé ses doutes quant au fait qu'aucune obligation positive ne s'imposait à l'État afin de promouvoir l'égalité¹⁹⁶. La question demeure, par conséquent, ouverte dans le contexte de l'article 15, même si la Cour a déjà amorcé sa réflexion à ce sujet. Les arrêts qui traitent de cette question seront exposés dans les pages qui suivent, ces derniers semblant laisser présager une évolution favorable à la reconnaissance d'une obligation positive en matière d'égalité. La réponse à cette question est d'autant plus cruciale dans le contexte du travail, puisque celui-ci est un véhicule essentiel de l'égalité entre les hommes et les femmes.

Il est intéressant de commencer notre étude par un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario, l'arrêt *Ferrel*¹⁹⁷, car celui-ci permet de démontrer le changement interprétatif réalisé par l'arrêt *Dunmore*. En effet, le jugement dans *Ferrel* a été rendu avant la parution du jugement de la Cour suprême dans l'affaire *Dunmore* et sur la base de faits similaires. En effet, dans les deux cas, l'abrogation d'une loi était contestée en vertu de la *Charte*. Dans l'arrêt *Ferrel*, la Cour d'appel de l'Ontario a considéré que selon la jurisprudence, l'État ne pouvait être obligé de légiférer. Cette opinion est toutefois contraire à ce qui sera plus tard énoncé dans *Dunmore* et à l'évolution de la jurisprudence par la suite. L'arrêt *Ferrel* devrait être écarté pour cette raison.

¹⁹⁶ Obiter dans *Haig c. Canada*, préc., note 159; *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229; *Vriend c. Alberta*, préc., note 42.

¹⁹⁷ *Ferrel v. Ontario (Attorney General)*, [1998] O.J. No. 5074.

La contestation, en vertu de l'article 15, portait donc sur une loi, la *Job Quotas Repeal Act*, qui en abolissait une autre adoptée par un gouvernement précédent en matière d'équité en emploi. L'objectif de la loi abolie était, précisément, de s'attaquer à la discrimination systémique vécue par les groupes vulnérables dans le domaine de l'emploi et faisait ainsi suite au Rapport Abella en mettant en place certaines des mesures recommandées dans le rapport. Le nouveau gouvernement exige, en plus, la destruction des données amassées et introduit, à la place, un programme volontaire d'égalité des opportunités. Les appelants, tous membres des groupes visés par la loi abolie, plaident que leur contestation de l'abolition de la loi en matière d'équité en emploi ne repose pas sur l'existence d'une obligation constitutionnelle de la part du gouvernement de l'Ontario de mettre en place, en premier lieu, une telle loi¹⁹⁸. Ils invoquent plutôt une discrimination par effets préjudiciables basée sur le retrait de la loi et des remèdes qui y étaient prévus. Ils argumentent que ce retrait a eu un impact négatif et disproportionné sur leur droit à l'égalité réelle puisqu'il a eu pour effet de priver les groupes visés d'un remède légal efficace et de renforcer les stéréotypes et les préjugés à leur endroit¹⁹⁹. De plus, ils invoquent que la nouvelle loi pose des obstacles à l'encontre des employeurs qui voudraient travailler à atteindre l'équité en emploi en exigeant, notamment, la destruction des données amassées²⁰⁰.

Le juge Morden répond à ces arguments de la façon suivante. Tout d'abord, le juge fait valoir que « the choice as to which social policy response is most appropriate and effective is inevitably informed by the policy maker's views or assumptions about the nature and causes of the problem »²⁰¹. Nous sommes d'avis qu'une telle affirmation est erronée en droit car il convient davantage de l'étudier, s'il y a lieu, au moment de savoir si la violation du par. 15(1) est justifiée conformément à l'article premier²⁰². Au moment d'analyser s'il y a eu discrimination en vertu de l'article 15, il n'y a pas lieu de prendre en considération le point de vue du législateur, l'intention n'étant pas un fait pertinent à cette analyse²⁰³.

De plus, le juge Morden semble accorder beaucoup de poids à l'argument selon lequel l'article 15 ne peut probablement pas imposer d'obligation positive car, autrement, cela aurait

¹⁹⁸ *Id.*, par. 23.

¹⁹⁹ *Id.*, par. 27.

²⁰⁰ *Id.*, par. 29.

²⁰¹ *Id.*, par. 32.

²⁰² *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 195, par. 77; *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 5.

²⁰³ *Gosselin c. Québec (Procureur général)*, préc., note 176, par. 104.

pour effet de constitutionnaliser certaines lois qui seraient à l'abri de l'abrogation. La logique de cet argument est la suivante :

If there is no constitutional obligation to enact the 1993 Act in the first place I think that it is implicit, as far as the requirements of the constitution are concerned, that the legislature is free to return the state of the statute book to what it was before the 1993 Act, without being obligated to justify the repealing statute under section 1 of the Charter.²⁰⁴

Or, cet argument s'apparente à un raisonnement circulaire, car le juge tente de prouver qu'il n'y a pas d'obligation positive en partant de la prémisse que l'État n'était pas dans l'obligation, en premier lieu, d'adopter la loi qui a été plus tard abolie. Nous croyons que, pour cette raison, cet argument est erroné, en plus d'être contrecarré par *Dunmore*. Il est révélateur que le juge Morden reprenne cet argument du juge Sharpe, en première instance de l'arrêt *Dunmore*, puisqu'en dernière instance, la Cour suprême y répond en affirmant que ce sont les effets constitutionnels de l'exclusion qui sont examinés dans le cadre de la contestation. Il faudrait donc évaluer, à la lumière de l'arrêt *Dunmore*, les effets de l'abrogation de la loi et si l'État créé ainsi « des conditions qui ont pour effet d'entraver » le droit à l'égalité réelle²⁰⁵. Cette question diffère sensiblement de celle de savoir si l'État avait l'obligation d'adopter la loi en question. En effet, l'État peut avoir l'obligation de promouvoir les objectifs dictés par la *Charte*, sans que cela ait pour effet de constitutionnaliser les lois qu'il met en place.

Comme énoncé plus haut, la Cour suprême n'a toujours pas abordé directement la question de l'obligation positive de l'État dans le cadre du droit à l'égalité. La jurisprudence semble toutefois militer en faveur de cette reconnaissance. L'arrêt *Meiorin*²⁰⁶ a constitué à cet égard une percée importante en démontrant ce que signifiait l'engagement en faveur de l'égalité réelle en emploi. Cet arrêt portait sur la question du caractère discriminatoire ou non des normes minimales de condition physique établies par le gouvernement de la Colombie-Britannique pour ses pompiers forestiers et qui désavantageaient plus fortement les femmes.

À cette occasion, la Cour a énoncé un cadre d'analyse afin de déterminer la nature de l'obligation qui incombait à l'employeur dans l'objectif de réaliser l'égalité en milieu de travail²⁰⁷. Bien que cet arrêt porte sur la responsabilité de l'État en sa qualité d'employeur,

²⁰⁴ *Ferrel v. Ontario (Attorney General)*, préc., note 197, par. 36.

²⁰⁵ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42, par. 22.

²⁰⁶ *Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU*, [1999] 3 R.C.S. 3.

²⁰⁷ *Id.*, par. 65.

certaines éléments du raisonnement peuvent aussi s'appliquer à la responsabilité de l'État en sa qualité de législateur. Puisqu'il est question dans cet arrêt des obligations de l'employeur en tant que producteur de normes, celles-ci pourraient également s'imposer à l'État législateur, en tant que premier producteur des normes au sein de la société.

Dans cet arrêt, la Cour suprême révolutionne la méthode qui sert à déterminer si une norme discriminatoire à première vue est une exigence professionnelle justifiée²⁰⁸. Ces changements sont alors justifiés, selon la Cour, par le besoin d'assurer que les lois sur les droits de la personne réalisent « la promesse d'égalité réelle qu'elles comportent »²⁰⁹. Les employeurs qui conçoivent des normes pour le milieu de travail doivent par conséquent être conscients des différences entre les personnes et les groupes de personnes. Ils doivent intégrer les notions d'égalité à leur gestion du milieu de travail²¹⁰.

L'obligation d'accommoder de l'employeur est, par conséquent, considérablement élargie par cet arrêt. Dans un premier temps, l'employeur doit évaluer si la norme peut être changée de manière à être plus inclusive. Dans un deuxième temps, si la norme est justifiée, cet employeur doit déployer des efforts substantiels afin d'accommoder l'individu. En d'autres mots, l'employeur a une obligation continue (présente en tout temps) d'examiner la légitimité de la norme elle-même, considérant que celle-ci peut perpétuer des inégalités sans le vouloir.

Employers must demonstrate that they have undertaken an active, pro-active, and good-faith process in considering how workplace rules have an adverse impact on a group of employees and how these discriminatory effects could be reduced or eliminated.²¹¹

Si une obligation continue d'examiner la légitimité de la norme s'applique aux employeurs, une telle obligation devrait *a fortiori* s'appliquer à l'État qui légifère, celui-ci étant le principal créateur de normes. Tel que l'exprime l'auteure Melina Buckley :

In effect, *Meiorin* tells employers to do all that is “practically possible” with respect to ensuring equality rights in the workplace. The time has come for the Court to tell governments that they are obliged to do all that is “practically possible” to promote substantive equality in Canada.²¹²

²⁰⁸ *Id.*, par. 54.

²⁰⁹ *Id.*, par. 41.

²¹⁰ *Id.*, par. 68.

²¹¹ Melina BUCKLEY, « Law v. Meiorin: Exploring the Governmental Responsibility to Promote Equality under Section 15 of the Charter », dans *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009, p. 179-206, p. 189.

²¹² *Id.*, p. 192.

Ainsi, l'article 15 impose à l'État une obligation positive de promouvoir l'égalité. Cette interprétation est d'ailleurs celle qui est la plus compatible avec les principes énoncés dans la jurisprudence et avec les valeurs consacrées par la *Charte*. En effet, depuis l'arrêt *Andrews*, la Cour suprême n'a cessé de répéter l'importance qu'elle attache à l'égalité réelle, soit l'idée qui sous-tend l'ensemble de l'article 15²¹³. Dans l'arrêt *Eldridge*, la Cour suprême énonce que l'article 15 a deux objectifs : premièrement, d'exprimer l'engagement, profondément ancré dans notre société, envers l'égalité et la dignité de tous les êtres humains et, deuxièmement, celui de « remédier » (« to rectify and prevent »²¹⁴) à la discrimination dont sont victimes les groupes de personnes défavorisées et de les protéger contre toute forme de discrimination²¹⁵.

Ce deuxième objectif vise ainsi une action plus large que celle de l'unique protection contre la discrimination puisque l'égalité réelle repose sur l'idée que pour la favoriser, il faut parfois aider positivement les groupes défavorisés. Le concept d'égalité réelle révèle, en effet, l'objectif « transformatif » ou évolutif du droit à l'égalité :

The Supreme Court of Canada has consistently held that section 15(1) requires governments to both refrain from discrimination and to ameliorate the position of groups within Canadian society who have suffered disadvantage by taking into account their needs in formulating law and policy.²¹⁶

Bien que l'article 15 ne soit pas une garantie générale d'égalité, il doit néanmoins se lire comme « un droit positif à l'égalité sur le plan du fond et de l'application de la loi » qui va au-delà de la simple élimination des distinctions²¹⁷.

La reconnaissance du fait qu'au sein de la société, la vulnérabilité de certains groupes est ancrée dans le système devrait faire naître une obligation positive d'améliorer la situation de ces groupes. L'État est, pour ce faire, l'un des seuls à pouvoir agir sur le système²¹⁸. Tel que l'écrit l'auteure Melina Buckley : « [t]hinking about social transformation helps us to understand that discrimination is not merely about isolated incidents but also about the patterns of violations of

²¹³ *R. c. Kapp*, préc., note 24, par. 16.

²¹⁴ Le verbe prévenir n'est présent que dans la version anglaise du jugement qui utilise les termes.

²¹⁵ *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 195, par. 54.

²¹⁶ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 15; *Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général)*, préc., note 195; *Law c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, préc., note 22; M. BUCKLEY, préc., note 211, p. 179.

²¹⁷ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 15, par. 171.

²¹⁸ Gwen BRODSKY et Day SHELAGH, « Women's Poverty is an Equality Violation », dans *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009, p. 319-344, p. 329.

the right to equality »²¹⁹. Selon l’auteure, le niveau d’action requis pour remédier à ces obstacles nécessite de toute évidence une intervention de l’État. Cette idée fait ainsi écho au rapport de la juge Abella qui énonçait que la discrimination systémique rendait nécessaire l’adoption de mesures systémiques, soit l’adoption de mesures susceptibles d’agir sur les systèmes et les pratiques que nous avons adoptés, parfois à notre insu²²⁰. Elle privilégiait alors la loi comme moyen d’action, puisque celle-ci concrétise les engagements : « [u]n gouvernement qui désire véritablement réaliser l’égalité au travail n’hésitera pas à recourir à la loi »²²¹. Or, pour ce faire, elle doit demeurer efficace et actuelle.

À titre d’exemple, une décision récente du Tribunal canadien des droits de la personne traite de l’obligation positive d’agir de l’État relativement au droit à l’éducation et au droit à la santé des peuples autochtones. Dans la première décision²²², le Tribunal a statué que les enfants autochtones vivant dans les réserves sont victimes de discrimination en vertu de l’article 5 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*²²³ parce qu’ils ne reçoivent pas des services sociaux comparables à ceux offerts aux autres enfants par les provinces. Le Tribunal a en effet reconnu que le modèle de financement mis en place par le gouvernement fédéral perpétuait les désavantages historiquement subis par les Premières Nations contrairement à son obligation. Ainsi, le Tribunal a ordonné au gouvernement fédéral de cesser sa conduite discriminatoire et de réformer ses politiques en matière de services à l’enfance²²⁴.

En l’occurrence, considérant qu’en plus de permettre à l’individu de subvenir à ses besoins les plus élémentaires, l’emploi est une composante essentielle de la vie des personnes, l’accès à celui-ci se doit d’être le plus égalitaire possible. Le travail atypique précaire, parce qu’il accroît les risques liés au travail et peut conduire à la pauvreté, empêche une participation égale

²¹⁹ M. BUCKLEY, préc., note 211, p. 180.

²²⁰ R. S. ABELLA, préc., note 6, p. 10.

²²¹ *Id.*, p. 223 et 224.

²²² *Société de soutien à l’enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada (pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2016 TCDP 2.

²²³ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. (1985), ch. H-6.

²²⁴ Le Tribunal devra toutefois réitérer cette ordonnance à deux reprises, constatant l’insuffisance des correctifs apportés par le gouvernement canadien par la suite. Cela démontre la difficulté de mettre en œuvre ce type d’ordonnance. *Société de soutien à l’enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada (pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, 2017 TCDP 14; *First Nations Child & Family Caring Society of Canada and al. v. Attorney General of Canada*, 2017 CHRT 7; voir Cindy BLACKSTOCK, *The Complainant : The Canadian Human Rights Case on First Nations Child Welfare*, 62 :2 McGill Law Review 285, 93-97 (2016).

des individus à la société et nuit à la poursuite de leurs aspirations en matière de carrière et d'épanouissement personnel²²⁵.

En somme, ces principes dégagés de la jurisprudence militent fortement pour l'imposition d'une obligation positive d'agir afin de promouvoir l'égalité en emploi. Cette obligation s'appliquerait à l'État en tant que législateur et porterait donc sur ses lois du travail. Il ne suffit donc pas que l'État, par ses lois, s'abstienne de porter atteinte au droit à l'égalité, il doit également intégrer les notions d'égalité aux normes qu'il édicte et qui régissent l'ensemble du marché du travail. La prise en compte des notions d'égalité devrait amener l'État à s'assurer que les lois continuent de remplir leurs objectifs de protection et d'équilibration du rapport de force. Ceci est plus particulièrement vrai pour les travailleurs les plus vulnérables, les travailleurs précaires. Plus concrètement, cette obligation force l'État à être au fait des effets préjudiciables de ses lois sur les personnes et les groupes et à les prévenir. En l'espèce, si l'État s'était plié à cette obligation, il aurait été en mesure de constater l'inefficacité de ses lois du travail.

Cette obligation positive ne survient pas dans un « vide juridique », puisque l'État a depuis longtemps légiféré en matière de droit du travail. Il serait étonnant que l'État prétende vouloir revenir en arrière afin de s'abstenir de légiférer en cette matière. L'État s'est engagé à aménager le rapport salarial au sein de la société par la mise en place d'un cadre légal de protection minimale et de négociation collective. Tout comme dans l'arrêt *Dunmore*, l'État doit en conséquence s'assurer que le régime qu'il met en place s'applique de façon non discriminatoire. Pour que le droit à l'égalité réelle ait un sens, l'article 15 impose parfois à l'État l'obligation positive, non seulement d'étendre la protection légale à des groupes non protégés, mais également de s'assurer qu'elle s'applique bien à tous ceux à qui elle est censée s'appliquer. Ceci découle de l'importance des droits dont il est question et de la vulnérabilité inhérente du travailleur, qui a motivé, à plusieurs reprises, les tribunaux à intervenir afin d'accorder une meilleure protection²²⁶. Finalement, l'inégalité persistante entre les hommes et les femmes sur le marché du travail devrait amener l'État à être particulièrement consciencieux lorsqu'il remplit son rôle de législateur. C'est pourquoi, il devrait être guidé par l'objectif primordial de poursuivre la réalisation de l'égalité réelle au sein de la société.

²²⁵ G. BRODSKY et D. SHELACH, préc., note 218, p. 329; *Andrews c. Law Society of British Columbia*, préc., note 15.

²²⁶ *Dunmore c. Ontario (Procureur général)*, préc., note 42; *Association des cadres de la Société des casinos du Québec et Société des casinos du Québec inc.*, préc., note 136; *Association professionnelle des cadres de premier niveau d'Hydro-Québec (APCPNHQ) et Hydro-Québec*, préc., note 136.

CONCLUSION

Le monde du travail a subi, ces dernières années, des transformations importantes et qui s'inscrivent dans une tendance à la dégradation des conditions de travail pour une part grandissante de travailleurs.

Au cours du XXe siècle, l'État a dû progressivement intervenir pour contrer les méfaits de l'industrialisation. Cette phase industrielle fordiste était caractérisée par une conjoncture socio-économique favorable à l'extension du salariat et à la hausse du taux de syndicalisation. À cette époque, l'entreprise était constituée d'une collectivité de travail relativement homogène, composée d'une main-d'œuvre abondante et sous une direction unique et hautement hiérarchisée. La très forte majorité des emplois étaient à temps plein et pour une durée indéterminée. C'est sur la base de cette norme d'emploi que s'est érigé le cadre légal actuel, dont la visée essentielle était d'assurer une sécurité autant « dans » le travail que « par » le travail. « Dans » le travail, puisque le droit doit veiller à la protection physique du travailleur et « par » le travail puisque le droit doit assurer une continuité de revenus par la socialisation des principaux risques¹.

Or, depuis déjà de nombreuses années, ce modèle d'emploi est la proie de l'effritement sous l'effet des pressions de changements économiques profonds, de la globalisation économique et de la concurrence exacerbée qu'elle entraîne sur les marchés mondiaux et nationaux. Des métamorphoses économiques et sociales viennent ainsi bouleverser l'environnement des entreprises qui subissent les effets ambivalents de l'ouverture des marchés à la concurrence internationale². D'un côté, l'ouverture autorise une émancipation relative des entreprises vis-à-vis de l'État et, de l'autre, elle augmente leur vulnérabilité économique. L'État quant à lui, subit aussi les pressions de la nouvelle économie et répond de plus en plus au moyen de la déréglementation, afin à la fois d'attirer les investisseurs et de ne pas nuire au commerce.

Dans ce contexte de concurrence croissante, l'entreprise a cherché à acquérir de plus en plus de flexibilité dans la gestion de la force de travail dans le but de résister aux aléas du marché. L'entreprise a alors mis en pratique de nouvelles stratégies telles la flexibilité technique, par l'introduction de nouvelles méthodes de production, mais aussi la flexibilité financière, visant l'adaptation constante des coûts d'investissements, incluant ceux de la main-d'œuvre.

¹ Alain SUPLOT, *Critique du droit du travail*, Paris, Quaridge / PUF, 2007, p. 70 et s.

² *Id.*, p. xxxv.

Les nouvelles contraintes économiques ont également encouragé les entreprises à chercher l'ajustement des coûts de cette main-d'œuvre en fonction des fluctuations du marché. À cette fin, les entreprises ont visé autant les coûts salariaux que non salariaux (liés à la protection sociale) en plus de viser l'ajustement du volume de la main-d'œuvre et du nombre d'heures travaillées. Les horaires de travail en sont également venus à fluctuer au gré de la demande, ce qui a provoqué leur éclatement. Ceux-ci sont par conséquent de moins en moins adaptés à la vie sociale et familiale, comportent des journées de travail plus longues ou des horaires brisés.

Cette recherche perpétuelle d'une plus grande flexibilité semble toutefois n'avoir profité qu'à l'employeur puisque pour les travailleurs, celle-ci a entraîné des conséquences néfastes quant à la qualité des conditions de travail. Face à de telles stratégies, les lois du travail sont cependant de moins en moins efficaces. Il en résulte une certaine dualisation du monde du travail où il y a d'un côté, les travailleurs dont la situation juridique obéit à un droit du travail toujours plus protecteur, et de l'autre, un « deuxième marché du travail » où les travailleurs, sont plongés dans un univers juridique susceptible de mener à la précarité économique et dont la sécurité physique elle-même n'est plus correctement garantie³.

Ainsi, cette recherche de flexibilité, accompagnée de l'affaiblissement des protections sociales et de la sécurité d'emploi, est à l'origine de la montée du travail précaire. Ce concept a justement été développé afin d'appréhender l'étendue de la précarité en emploi à l'aide d'une série d'indicateurs permettant de situer les diverses formes d'emplois sur un continuum. Ces indicateurs tentent en effet de cerner le degré d'exposition des travailleurs à l'instabilité et à l'insécurité en examinant notamment le manque de protections légales et syndicales, la faible participation du travailleur à l'aménagement de ses conditions de travail et les bas niveaux salariaux. Le fait d'occuper ce type d'emploi entraîne des effets négatifs non seulement sur la vie professionnelle des personnes qui les occupent, mais aussi sur leur vie personnelle, ayant pour effet d'accentuer leur vulnérabilité sociale et économique.

La professeure Leah F. Vosko soutient, par ailleurs, que l'impact de ces facteurs de précarité dépend grandement du contexte social et culturel et des rapports entre les sexes. Elle adopte pour cette raison une définition de l'emploi précaire qui s'articule autour du lien entre les dimensions de précarité et les formes d'emplois et qui regarde de quelle manière ce lien est affecté par la position socio-économique des travailleurs impliqués.

³ *Id.*, p. 94.

À ces conditions de travail défavorables, s'ajoutent les difficultés pour l'accès aux avantages et aux protections offerts par les lois du travail. Ces difficultés s'expliquent par le fait que les lois du travail ont été conçues dans un différent contexte économique, prenant pour référence l'emploi à temps plein à durée indéterminée. Ce décalage occasionne des difficultés d'application pour les travailleurs dont la forme d'emploi s'écarte de cette norme. Pour d'autres, c'est le cas des travailleurs autonomes, l'accès à ces lois leur est tout simplement refusé.

Le fait de ne pouvoir bénéficier pleinement des protections accessibles à l'ensemble des travailleurs peut avoir des conséquences importantes pour certains travailleurs atypiques. Le droit, du fait de son inadéquation, peut entraîner ces travailleurs dans l'engrenage de la précarisation parce qu'ils sont désavantagés sur le plan de la protection du lien d'emploi, du contrôle des conditions de travail, du degré de protection et du niveau de revenu. Ces difficultés, qui sont exacerbés par le fait que les emplois atypiques offrent en général de moins bonnes conditions de travail, sont ainsi responsables d'une précarisation de ces emplois, d'où une corrélation entre ces derniers et l'emploi précaire.

Ce mémoire porte essentiellement sur la surreprésentation au sein des emplois les plus touchés par la précarité des groupes plus vulnérables de la main-d'œuvre⁴. Tel que le démontrent les statistiques et la littérature, ces emplois sont occupés davantage par les femmes, les autochtones, les minorités visibles ainsi que par les personnes présentant un handicap. Ce mémoire s'est attardé à la situation des femmes, qui sont confinées aux formes d'emplois atypiques les plus précaires, autant au sein des emplois salariés, dans l'emploi à temps partiel et temporaire, qu'au sein des emplois autonomes, où elles occupent les emplois qui ressemblent le plus au travail salarié. Le travail précaire a donc pour conséquence d'exacerber des inégalités déjà présentes sur le marché du travail, notamment en ce qui a trait aux écarts salariaux et à la ségrégation professionnelle entre les hommes et les femmes.

Cette prédominance féminine au sein des formes d'emplois les plus précaires est toutefois complexe à expliquer puisqu'elle tire son origine d'une interrelation entre plusieurs facteurs systémiques et qui s'étendent au-delà de la sphère publique, jusque dans la sphère privée. Ce mémoire a notamment avancé qu'afin de maintenir la séparation étanche entre le travail et la vie

⁴ COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et Harry W. ARTHURS, *Équité au travail: des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle*, Ottawa, Examen des normes du travail fédérales, 2006, p. 29.

privée à l'heure de l'entrée massive des femmes sur le marché du travail, le besoin d'aménager différemment le travail a mené à la prolifération des emplois qui s'écartent de la norme.

Aujourd'hui, l'époque où les femmes ne fournissaient qu'un revenu d'appoint est révolue. Elles continuent néanmoins d'effectuer l'essentiel des responsabilités familiales, ce qui les entraîne souvent vers le travail atypique où elles sont pénalisées par de mauvaises conditions et une protection déficiente. Seulement, ce choix, qui n'en n'est pas un, ne peut à lui seul expliquer cette surreprésentation des femmes dans l'emploi précaire. Les femmes sont aussi victimes de la continuité des inégalités en emploi. Tel que le démontre entre autres l'hypothèse de la stratification du marché de l'emploi, les femmes ne réussissent pas autant que les hommes à convertir leurs investissements en bénéfices d'emploi. Elles sont par ailleurs plus susceptibles d'être pénalisées pour leurs choix en raison de pratiques discriminatoires et, plus fortement encore, si elles sont aussi membres d'une minorité.

Ces constatations ont soulevé la question suivante : le travail précaire, en ce qu'il affecte de façon disproportionnée les femmes, constitue-t-il un phénomène de discrimination systémique au sens de la *Charte canadienne*? Inspirée par le rapport Abella, la Cour suprême a défini cette discrimination systémique dans l'emploi comme le résultat « de l'application des méthodes établies de recrutement, d'embauche et de promotion, dont ni l'une ni l'autre n'a été nécessairement conçue pour promouvoir la discrimination ». Cette discrimination est alors « renforcée par l'exclusion même du groupe désavantagé »⁵.

En appliquant les critères qui ressortent de la jurisprudence à la situation des travailleurs précaires, ce mémoire conclut que l'inadéquation des lois du travail fait partie d'un système qui désavantage les femmes qui se précarisent ainsi davantage. Ce faisant, le droit du travail porte atteinte au droit à l'égalité réelle par l'imposition d'un traitement discriminatoire à l'encontre des femmes. Au surplus, l'État est responsable de cette discrimination, celle-ci découlant du refus d'accorder aux travailleurs atypiques les mêmes protections et avantages que ceux offerts aux autres. C'est l'inaction gouvernementale, au vu et au su de cette inadéquation, qui crée des effets discriminatoires.

Ce mémoire a poussé l'analyse plus loin en se demandant si la responsabilité de l'État dans la discrimination faite aux femmes pouvait l'obliger à adapter les lois du travail dans le

⁵ *CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne)*, [1987] 1 R.C.S. 1114, 1139.

contexte des nouvelles transformations du travail. En d'autres termes, le droit à l'égalité comporte-t-il une obligation positive pour l'État de promouvoir l'égalité?

La Cour suprême avait déjà répondu à cette question dans le contexte d'autres droits garantis par la *Charte*, surtout en ce qui a trait à la liberté d'association, mais n'y a pas répondu clairement en ce qui a trait au droit à l'égalité. Cependant, plusieurs indices tirés de la jurisprudence de la Cour suprême laissent présager qu'elle pourrait répondre favorablement à cette question. Une telle obligation permettrait d'envisager des solutions systémiques à des problèmes qui sont, eux aussi, systémiques, tout en encourageant une approche proactive de la part de l'État en matière de droits fondamentaux.

En somme, le présent travail a tenté de démontrer le caractère discriminatoire du phénomène de précarisation des emplois et la participation du droit à ce phénomène. Cette démonstration a mis en lumière l'obligation qui s'impose à l'État de veiller à ce que ses lois demeurent efficaces et à jour et continuent de protéger les personnes qu'elles doivent protéger. Plus concrètement, les lois du travail devraient pouvoir offrir une égalité de traitement aux travailleurs couverts, et ce, indépendamment de la forme ou du statut de leur emploi lorsque de telles distinctions ne sont pas pertinentes. Un travailleur atypique ne devrait pas, pour ce seul motif, avoir un accès moins grand aux protections et aux avantages offerts par les lois du travail.

Une telle obligation s'impose afin de permettre aux femmes l'exercice d'un véritable choix⁶. Pour la personne qui choisit ou est contrainte d'occuper un emploi atypique, cette égalité de traitement signifierait de ne pas être indûment désavantagée par cette position. En d'autres mots, cela nécessiterait d'éliminer les éléments de précarité qui minent les conditions des emplois atypiques. Les propos de Patricia Hughes sont particulièrement éclairants à ce sujet :

A focus on precarious work (with an understanding of who does the work) is less about focusing on changing who does the work (although it might do that) than it is about changing the conditions that apply to this kind of work. [It is to] decrease the differences between or consequences that arise from sex-segregated work. [...] The enhancement of regulatory protections and other remedies available to vulnerable workers performing precarious work may not result in their doing different work, necessarily, but has the potential to remove much of the precarious nature of the work.⁷

⁶ Diana MAJURY, « Women Are Themselves to Blame: Choice as a Justification for Unequal Treatment », dans *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009, p. 209-243 à la page 214.

⁷ Patricia HUGHES, « Remedying the Experiences of Vulnerable Workers: Links with Employment Equity », dans *Employment Equity in Canada: The Legacy of the Abella Report*, Toronto Buffalo London, University of Toronto Press, 2014, p. 176-194 à la page 190.

Comment l'État pourrait-il alors s'acquitter de ses obligations dans le contexte de la montée du travail précaire et considérant son engagement envers l'égalité réelle? Premièrement, sachant que « le contenu des règles juridiques régissant le travail, à une époque donnée, s'infère de la réalité économique et sociale dominante à ce même moment », le droit doit pouvoir « s'adapter aux changements structurels qui surviennent perpétuellement dans les milieux de travail et qui ont tendance à modifier, dans les rapports économiques et sociaux, la dynamique et l'équilibre prévalant entre les acteurs »⁸. Ainsi, alors que plus de 37% des emplois au Québec sont atypiques, il devient impératif de s'assurer de l'applicabilité des dispositions juridiques aux nouvelles réalités du travail. Il s'agit d'examiner la mise en œuvre de chaque disposition compte tenu des réalités particulières à chaque forme de travail dit atypique ou précaire⁹.

L'État doit également être conscient du fait que promouvoir l'égalité nécessite parfois de traiter certains groupes différemment¹⁰. En effet, avec la vulnérabilité viennent d'autres difficultés puisque « les travailleurs et travailleuses soumis à la précarité ne peuvent pas, bien souvent, exercer leurs droits même si ces droits existent sur papier »¹¹. Par exemple, les travailleurs précaires peuvent être particulièrement réticents à porter plainte contre des conditions de travail qui enfreignent le minimum requis par la loi si la peur de perdre leur emploi est jumelée à des inquiétudes par rapport à l'immigration ou s'ils ont un stress financier important. L'égalité véritable exige donc d'être sensible aux différences qui caractérisent les groupes et les individus. Pour l'État, cela pourrait signifier la création d'un régime particulier afin d'assurer aux travailleurs précaires l'accès au droit du travail d'une manière égale au reste des travailleurs.

Le droit du travail a joué un rôle primordial dans notre société, entre autres afin de protéger les travailleurs contre les risques associés au travail, redistribuer les bénéfices qui y sont associés et rééquilibrer le rapport de forces entre les employeurs et les travailleurs. Il est essentiel que l'État continue à assumer ce rôle, tout particulièrement dans un contexte économique caractérisé par la montée des inégalités et l'appauvrissement d'une partie importante de la population. À l'aune de la globalisation économique, le droit du travail est pris dans un cercle

⁸ Fernand MORIN, Jean-Yves BRIERE, Dominic ROUX et Jean-Pierre VILLAGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, p. 165.

⁹ Katherine LIPPEL, « Face aux conséquences de la flexibilisation de l'emploi: les solutions juridiques et leurs limites », dans *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 45-52 à la page 47.

¹⁰ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

¹¹ K. LIPPEL, préc., note 9 à la page 48.

vicieux : sous l'effet de changements qui nous apparaissent comme inéluctables, les politiques publiques et les acteurs sociaux sont discrédités et perçus comme étant impuissants. Ce discrédit légitime à son tour l'inaction gouvernementale, en plus d'être justifié par une idéologie néolibérale.

En somme, l'apport de ce mémoire n'était pas uniquement de démontrer que les lois actuelles du travail avaient un lien avec la montée de la précarité au travail, il s'agissait également de démontrer le caractère discriminatoire de ce phénomène. Or, pourquoi faire cette démonstration? Quelles consolations cette conclusion apporte-t-elle aux personnes ainsi discriminées? Avant tout, cette conclusion doit convaincre l'État qu'il est de son devoir de s'investir dans la réforme du droit du travail, et ce, pour qu'il demeure efficace malgré les profondes transformations qui agitent notre société. Tel que l'écrivait l'auteur Alain Supiot, renouer avec l'esprit de la Déclaration de Philadelphie de 1944, et avec l'idéal de justice sociale qu'elle contient « signifie tracer des voies d'avenir à la mesure des temps présents »¹². Si l'État tente d'éluder ses responsabilités et n'agit pas, il se rend responsable de discrimination donc de la violation d'un droit fondamental.

Or, tel que cela a été le cas après la publication des rapports Arthurs et Bernier, tous deux concluant à la nécessité d'adapter le droit, il est fort possible que l'État n'aille pas dans ce sens. Dans cette éventualité, l'action judiciaire pourrait être utilisée afin d'obliger l'État à modifier les dispositions législatives qui désavantagent indûment certaines catégories d'emploi occupées majoritairement par des femmes. Cette action judiciaire pourrait, de cette façon, contester la validité constitutionnelle de certaines dispositions spécifiques et obliger l'État à amener les changements nécessaires afin de faire cesser cet effet discriminatoire.

L'État serait alors confronté à l'ambivalence du droit, le droit étant à la fois responsable d'inégalités et un outil afin d'y remédier. Une loi incomplète peut ainsi, malgré sa finalité première, participer à la perpétuation des inégalités, en incitant les employeurs à transférer les emplois là où ils ont le moins d'obligations et où cela leur coûte le moins.

De plus, les femmes qui ont souffert, depuis leur entrée dans le marché du travail, d'inégalités persistantes en terme d'opportunités, de conditions de travail et de salaires, sont les plus touchées par ces transferts. Au-delà des programmes d'accès à l'égalité en emploi, ce travail

¹² Alain SUPIOT, *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*, Paris, Editions du Seuil, 2010, p. 95.

a permis de constater que les lois fondamentales du droit du travail québécois doivent être réformées dans le but de réaliser l'égalité en emploi. En effet, des lois aussi diverses que *Loi sur les normes du travail*, la *Loi sur la santé et la sécurité du travail*, la *Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles* et le *Code du travail* produisent des effets discriminatoires à l'encontre notamment des femmes vu leur inadaptation aux nouvelles réalités du travail et aux nouvelles formes d'emplois, plus particulièrement.

Pour cette raison, la montée du travail précaire a pour effet d'exacerber les inégalités systémiques dont elles sont victimes et menace la réalisation de l'égalité réelle au sein de la société canadienne. C'est pourquoi le concept de la discrimination systémique a été utilisée dans ce mémoire afin d'aborder la question de l'emploi précaire découlant des formes de travail atypique. C'est pourquoi, également, l'État devrait porter une attention particulière à l'objectif de consolider l'efficacité législative, et ce, dans le but de permettre aux travailleurs d'exercer un véritable choix. Cette conclusion découle des valeurs qui sont consacrées par la *Charte canadienne* et qui visent à garantir aux membres de la société que l'État les traitera avec une égale liberté et dignité.

TABLE DE LA LÉGISLATION

Textes constitutionnels et fédéraux

Loi canadienne sur les droits de la personne, L.C., c. H-6.

Loi constitutionnelle de 1982, Annexe B de la Loi de 1982 sur le Canada (R-U), 1982, c. 11.

Loi sur l'assurance-emploi, L.C., c. 23.

Textes québécois

Charte des droits et libertés de la personne, RLRQ, c. C-12.

Code du travail, RLRQ, c. C-27.

Loi sur la représentation de certaines personnes responsables d'un service de garde en milieu familial et sur le régime de négociation d'une entente collective les concernant, RLRQ, c. R-24.0.1.

Loi sur la santé et la sécurité du travail, RLRQ, c. S-2.1.

Loi sur le régime de rentes du Québec, RLRQ, c. R-9.

Loi sur l'équité salariale, RLRQ, c. E-12.001.

Loi sur les accidents de travail et les maladies professionnelles, RLRQ, c. A-3.001.

Loi sur les normes du travail, RLRQ, c. N-1.1.

Loi sur les régimes complémentaires de retraite, RLRQ, c. R-15.1.

Texte international

Convention no 177 sur le travail à domicile, 1996.

Reference re an Act to Amend the Education Act, 53 O.R. (2d) 513.

TABLE DES JUGEMENTS

A.C. c. Manitoba (Directeur des services à l'enfant et à la famille), [2009] 2 R.C.S. 181.

Agence de placement Hélène Roy c. Rioux, [1997] R.L. 297.

Alberta c. Hutterian Brethren of Wilson Colony, [2009] 2 R.C.S. 567.

Andrews c. Law Society of British Columbia, [1989] 1 R.C.S. 143.

Association de la police montée de l'Ontario c. Canada (Procureur général), [2015] 1 R.C.S. 3.

Association des cadres de la Société des casinos du Québec et Société des casinos du Québec inc., 2016 QCTAT 6870.

Association professionnelle des cadres de premier niveau d'Hydro-Québec (APCPNHQ) et Hydro-Québec, 2016 QCTAT 6871.

Battlefords and District Co-operative Ltd. c. Gibbs, [1996] 3 R.C.S. 566.

Brooks c. Canada Safeway Limited, [1989] 1 R.C.S. 1219.

Brossard (Ville de) et Syndicat des employés de la ville de Brossard (C.S.N.), [1990] T.T. 337.

Carter c. Canada (Procureur général), [2015] 1 R.C.S. 331.

Centre de la petite enfance La Rose des Vents c. Alliance des intervenantes en milieu familial Laval, Laurentides, Lanaudière (C.S.Q.), [2003] R.J.D.T. 1193.

Chaoulli c. Québec (Procureur général), [2005] 1 R.C.S. 791.

CN c. Canada (Commission canadienne des droits de la personne), [1987] 1 R.C.S. 1114.

Colombie-Britannique (Public Service Employee Relations Commission) c. BCGSEU, [1999] 3 R.C.S. 3.

Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse (Bia-Domingo) c. Francesco Sinatra, 1999 .

Commission des normes du travail c. IEC Holden Inc., 2014 QCCA 1538.

Confédération des syndicats nationaux c. Québec (Procureur général), [2008] R.J.D.T. 1477.

Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), [1999] 2 R.C.S. 203.

Delisle c. Canada (Sous-procureur général), [1999] 2 R.C.S. 989.

Derla et Productions IM60 inc., [2011] C.L.P. 415.

Dubois c. La Reine, [1985] 2 R.C.S. 350.

Dufour c. Centre hospitalier St-Joseph-de-la-Malbaie, [1992] R.J.Q. 825.

Dunmore c. Ontario (Procureur général), [2001] 3 R.C.S. 1016.

Egan c. Canada, [1995] 2 R.C.S. 513.

Eldridge c. Colombie-Britannique (Procureur général), [1997] 3 R.C.S. 624.

Ferrel v. Ontario (Attorney General), [1998] O.J. No. 5074.

First Nations Child & Family Caring Society of Canada and al. v. Attorney General of Canada, 2017 CHRT 7.

Gaston Breton inc. c. Union des routiers, brasseries, liqueurs douces et ouvriers de diverses industries, local 1999, [1980] T.T. 471.

Georgiou et Buffet Maison Kirin inc., [2004] C.L.P. 1812.

Gosselin c. Québec (Procureur général), [2002] 4 R.C.S. 429.

Granovsky c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [2000] 1 R.C.S. 703.

Haig c. Canada, [1993] 2 R.C.S. 995.
Health Services and Support - Facilities Subsector Bargaining Assn. c. Colombie-Britannique, [2007] 2 R.C.S. 391.
Héroux c. Groupe Forage Major, [2001] C.L.P. 317.
Hunter c. Southam Inc., [1984] 2 R.C.S. 145.
Irwin Toy Ltd. c. Québec (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 927.
Janzen c. Play Enterprises Ltd., [1989] 1 R.C.S. 1252.
Lavoie c. Canada, [2002] 1 R.C.S. 769.
Law c. Canada (ministre de l'Emploi et de l'Immigration), [1999] 1 R.C.S. 497.
Maison Simons inc. c. Commission des normes du travail, D.T.E. 96T-18 (C.A.).
Massey et Commission de la santé et de la sécurité du travail - soutien à l'imputation, (C.L.P., 2003-01-06) .
McKinney c. Université de Guelph, [1990] 3 R.C.S. 229.
Meredith c. Canada (Procureur général), [2015] 1 R.C.S. 125.
Miron c. Trudel, [1995] 2 R.C.S. 418.
Ontario (Procureur général) c. Fraser, [2011] 2 R.C.S. 3.
Première Nation de Kahkewistahaw c. Taypotat, [2015] 2 R.C.S. 548.
Québec (Commission des normes du travail) c. Asphalte Desjardins, 2 R.C.S. 514.
Québec (Procureur général) c. A, [2013] 1 R.C.S. 61.
R. c. Oakes, [1986] 1 R.C.S. 103.
R. c. Kapp, [2008] 2 R.C.S. 483.
Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.), [1987] 1 R.C.S. 313.
Sask. Fed. of Labour c. Saskatchewan, [2015] 1 R.C.S. 245.
Simon c. Commission scolaire de l'Or-et-des-bois, [2006] C.L.P. 323.
Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada (pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), 2016 TCDP 2.
Société de soutien à l'enfance et à la famille des Premières Nations du Canada et al. c. Procureur général du Canada (pour le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien), 2017 TCDP 14.
Terre-Neuve (Conseil du Trésor c. N.A.P.E.), [2004] 3 R.C.S. 381.
TUAC, section locale 501 c. Boulangerie Gadoua ltée (grief syndical), 2014 QCTA 337.
Ville de Pointe-Claire c. Syndicat des employés professionnels-les et de bureau, section locale 57, 1 R.C.S. 1015.
Vriend c. Alberta, [1998] 1 R.C.S. 493.
Wallace c. United Grain Growers Ltd., [1997] 3 R.C.S. 701.
Withler c. Canada (Procureur général), 2011 CSC 12.

BIBLIOGRAPHIE

- A -

- ABELLA, R. S., *Commission sur l'égalité en matière d'emploi: Rapport d'une Commission royale d'enquête*, Approvisionnement et Services Canada, 1984.
- , *Equality in Employment: A Royal Commission Report*, Minister of Supply and Services Canada, 1984.
- , « Employment Equity », *Man LJ* 1987.185.
- ALCINDOR (SOUS LA DIRECTION DE), M., *Actes du 2e forum des droits et libertés. Nouvelles formes de travail: les droits ont-ils un avenir?*, Montréal, La Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 1997.
- ARTHURS, H. W., *Labour Law and Industrial Relations in Canada*, 4e éd., Deventer, Kluwer, 1993.
- « Assurance-emploi: un système criblé de complexités et de “partis pris”, selon des chercheurs », *Radio-Canada.ca* (juillet 2015), en ligne : <<http://ici.radio-canada.ca/nouvelle/731037/assurance-emploi-irpp-reforme-pierre-fortin?isAutoPlay=1>>.

- B -

- BELIVEAU, N.-A. et M. OUELLET, *Les normes du travail*, Montréal; Cowansville, Fasken Martineau ; Y. Blais, 2011.
- BERNIER, J. (dir.), *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2001.
- , « Les conventions collectives et les emplois atypiques », 4-1 *Regards Sur Trav.* 2 à 17.
- BERNIER, J. et G. VALLEE, « Pluralité des situations de travail salarié et égalité de traitement en droit du travail québécois », dans *Analyse juridique et valeurs en droit social*, Études offertes à Jean Pélissier, Paris, Dalloz, 2004, p. 69 à 91.
- BERNIER, J., G. VALLEE et C. JOBIN, *Les besoins de protection sociale des personnes en situation de travail non traditionnelle: rapport final*, Québec, Travail Québec, 2003.
- BERNSTEIN, S., « The Regulation of Paid Care Work in the Home in Quebec: From the Hearth to the Global Marketplace », dans *Precarious Work, Women and the New Economy. The Challenge to Legal Norms*, coll. Onati international series in law and society, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 223.
- , « Balancing Work and Family in the Low-Wage Service Sector: The Role of Legislated and Collectively Bargained Norms in Quebec », (2011) 40-Supplement 1 *Work* 119-128.
- , « Sector-based Collective Bargaining Regimes and Gender Segregation: A Case Study of Self-employed Home Childcare Workers in Quebec », dans *Challenging the Legal Boundaries of Work Regulation*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2012, p. 213.
- BERNSTEIN, S., U. COIQUAUD, M.-J. DUPUIS, L. L. FONTAINE, L. MORISSETTE, E. PAQUET et G. VALLEE, « Les transformations des relations d'emploi: une sécurité compromise? », (2009) 6-1

Regards Sur Trav. 19-29.

BERNSTEIN, S., M.-J. DUPUIS et G. VALLEE, « Au-delà de l'égalité formelle: confronter l'écart entre les sexes sur un marché du travail en mutation, l'exemple canadien », dans *Genre et droit social*, 2^e éd., Bordeaux, Presses Universitaires de Bordeaux, 2008, p. 357.

BERNSTEIN, S., K. LIPPEL, E. TUCKER et L. F. VOSKO, « Precarious Employment and the Law's Flaws: Identifying Regulatory Failure and Securing Effective Protection for Workers », dans *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 203 à 220.

BERNSTEIN, S. et G. TRUDEAU, *Droit du travail.*, Montréal, LexisNexis, 2011.

BICH, M.-F., « De quelques idées imparfaites et tortueuses sur l'intermédiation du travail », dans *Développements récents en droit du travail*, coll. Barreau du Québec, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2001, p. 257 à 337.

BLACKSTOCK, C., *The Complainant : The Canadian Human Rights Case on First Nations Child Welfare*, 62 :2 McGill Law Review 285, 93-97 (2016).

BOIVIN, M., « Les acquis du féminisme en droit: reconceptualisation de la représentation des femmes et de leur place dans la société canadienne », (1995) 36-1 *Cah. Droit* 27.

BOULET, M., « Travailler à temps plein n'est pas une panacée contre le faible revenu au Québec: encore moins pour les immigrants », (2014) 15-1 *Flash-Info* 7 à 12.

BRODSKY, G. et D. SHELAGH, « Women's Poverty is an Equality Violation », dans *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009, p. 319-344.

BROWNE, I. et J. MISRA, « The Intersection of Gender and Race in the Labor Market », (2003) 29 *Annu. Rev. Sociol.* 487 à 513.

BRUN, H., G. TREMBLAY et E. BROUILLET, *Droit constitutionnel*, 6e éd., Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2014.

BUREAU INTERNATIONAL DU TRAVAIL, *Politiques et réglementation visant à lutter contre l'emploi précaire*, Genève, 2011.

BUCKLEY, M., « Law v. Meiorin: Exploring the Governmental Responsibility to Promote Equality under Section 15 of the Charter », dans *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009, p. 179-206.

- C -

CHICHA, M.-T., *Le mirage de l'égalité: les immigrées hautement qualifiées à Montréal*, Rapport de recherche présenté à la Fondation canadienne des relations raciales, Montréal, École des relations industrielles Université de Montréal, 2009.

CLICHE, B., S. LAFONTAINE et R. MAILHOT, *Traité de droit de la santé et de la sécurité au travail*, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1993.

CLOUTIER-VILLENEUVE, L., « Évolution de l'emploi atypique au Québec depuis 1997 », (2014) 15-3 *Flash-Info* 1-20.

———, « Comment ont évolué l'emploi à bas salaire et celui mieux rémunéré au Québec chez

les travailleuses et les travailleurs? », (2016) 3 *Cap Sur Trav. Rémunération*.

COMMISSION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ DU TRAVAIL, *La location de personne, la problématique du travailleur autonome, la problématique de l'administrateur et du dirigeant*, Rapport des travaux d'un comité formé par la Commission de la santé et de la sécurité du travail (Me Marie-France Bich, M. Pierre Dorion, Me Guy Lemay, Me Normand Ratti), Gouvernement du Québec, 1997.

COMMISSION MONDIALE SUR LA DIMENSION SOCIALE DE LA MONDIALISATION (dir.), *Une mondialisation juste: créer des opportunités pour tous*, Genève, Bureau internationale du Travail, 2004.

COMMISSION ONTARIENNE DES DROITS DE LA PERSONNE, *Approche intersectionnelle de la discrimination pour traiter les plaintes relatives aux droits de la personne fondées sur des motifs multiples*, Document de travail, Toronto, Direction des politiques et de l'éducation, 2001.

COMMISSION SUR L'EXAMEN DES NORMES DU TRAVAIL FÉDÉRALES (CANADA) et H. W. ARTHURS, *Équité au travail: des normes du travail fédérales pour le XXI^e siècle*, Ottawa, Examen des normes du travail fédérales, 2006.

CONAGHAN, J., « Time to Dream? Flexibility, Families, and the Regulation of Working Time », dans *Precarious Work, Women and the New Economy. The Challenge to Legal Norms*, coll. Onati International Series in Law and Society, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006.

CRANFORD, C. J. et L. F. VOSKO, « Conceptualizing Precarious Employment: Mapping Wage Work across Social Location and Occupational Context », dans *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 43 à 66.

CRANFORD, C. J., L. F. VOSKO et N. ZUKEWICH, « The Gender of Precarious Employment in Canada », dans *Relations industrielles*, 58, 2003, p. 454-474.

- D -

DAGENAIS, L.-F., *Travail à la pige, précarité et difficultés d'accès au logement; Expertise sociologique sur le cas de monsieur Bia-Domingo*, 1999.

D'AMOURS, M., *La qualité d'emploi des travailleurs indépendants qualifiés, traducteurs, journalistes et avocats*, Québec, Presses de l'Université du Québec, 2014.

D'AMOURS, M., « Travail précaire et gestion des risques : vers un nouveau modèle social ? », *Lien Soc. Polit.* 2009.61.109, DOI : 10.7202/038477ar.

D'AMOURS, M. et S. CRESPO, « Les dimensions de l'hétérogénéité de la catégorie de travailleur indépendant sans employé: Éléments pour une typologie », (2004) 59-3 *Relat. Ind.* 459, DOI : 10.7202/010921ar.

DANCETTE, J., *Dictionnaire analytique de la mondialisation et du travail*, en ligne : <<http://damt-dico.rhcloud.com/terme?id=1603>> (consulté le 12 janvier 2016).

———, *Dictionnaire analytique de la mondialisation et du travail*.

DROUIN, R.-C. et G. TRUDEAU, « Les normes minimales du travail : bilan et éléments de

prospective », dans *Fondements des relations industrielles*, Chenelière éducation, 2017.

DELAGE, B., CANADA et DEVELOPPEMENT DES RESSOURCES HUMAINES CANADA, *Résultats de l'enquête sur le travail indépendant au Canada*, Hull, Développement des ressources humaines Canada, 2002.

DEMERS, M.-A., « Plus de 450 000 Québécois et Québécoises sont rémunérés au salaire minimum... ou presque », *Inst. Stat. Qué.* 2015.

DUPLE, N., *Droit constitutionnel: principes fondamentaux*, 5e éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2010, en ligne : <<https://edoctrine.caij.qc.ca/wilson-et-lafleur-livres/4/361507467>>.

- E -

ENGLAND, K., « Women, Intersectionality, and Employment Equity », dans *Employment Equity in Canada: The Legacy of the Abella Report*, Toronto Buffalo London, University of Toronto Press, 2014, p. 71 à 98.

- F -

FUDGE, J., « Beyond Vulnerable Workers: Towards a New Standard Employment Relationship », (2005) 12 *Can. Lab Emp LJ* 151.

———, *Control over Working Time and Work-Life Balance: A Detailed Analysis of the Canada Labour Code, Part III*, Osgoode Hall Law School, York University, 2006.

———, « Self-employment, Women, and Precarious Work: The Scope of Labour protection », dans *Precarious Work, Women and the New Economy. The Challenge to Legal Norms*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006.

FUDGE, J. et R. J. OWENS, *Precarious Work, Women and the New Economy: the Challenge to Legal Norms*, coll. Onati International Series in Law and Society, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006.

- G -

GAGNON, S., « La contribution du Tribunal des droits de la personne à l'élimination de la discrimination reliée à la précarité en emploi », (2012) 42 *R.D.U.S.* 83.

GAUDU, F., « Libéralisation des marchés et droit du travail », *Droit Soc.* 2006, en ligne : <<http://islssl.org/wp-content/uploads/2013/01/FranceFrench.pdf>>.

GAUTHIER, M.-A., « Portrait de la scolarité des immigrants du Québec à partir de l'Enquête nationale auprès des ménages », (2014) 18-3 *Inst. Stat. Qué.*

GESUALDI-FECTEAU, D. et M. LIZÉE, « L'interdiction des disparités de traitement: état des lieux et détour prospectif », dans *Développements récents en droit du travail*, 348, Cowansville, Yvon Blais, 2012, p. 249 à 304.

- H -

- HANNOUN, C., « L'impact de la financiarisation de l'économie sur le droit du travail », *Rev. Droit Trav.* 2008.5.288.
- HELARDOT, V., « Précarisation du travail et de l'emploi : quelles résonances dans la construction des expériences sociales ? », (2005) 60-4 *Empan* 30.
- HOGG, P. W., *Constitutional law of Canada*, Loose-Leaf, 2, Scarborough, Ont., Carswell, 1992.
- HUGHES, P., « Remedying the Experiences of Vulnerable Workers: Links with Employment Equity », dans *Employment Equity in Canada: The Legacy of the Abella Report*, Toronto Buffalo London, University of Toronto Press, 2014, p. 176-194.
- HUWART, J.-Y. et L. VERDIER, *La mondialisation économique Origines et conséquences*, [Paris], OCDE, 2012, en ligne : <<http://site.ebrary.com/id/10672315>> (consulté le 8 janvier 2016).

- I -

INSTITUT DE LA STATISTIQUE DU QUEBEC, *Annuaire québécois des statistiques du travail. Portrait des principaux indicateurs du marché et des conditions de travail, 2005-2015*, 12, Québec, 2016, en ligne : <<http://www.stat.gouv.qc.ca/statistiques/travail-remuneration/annuaire-v12.pdf>>.

- K -

- KABIN, B., « Apple's iPhone: Designed in California But Manufactured Fast All Around the World (Infographic) », en ligne : <<https://www.entrepreneur.com/article/228315>>.
- KOUNTOURIS, N., « The Legal Determinants of Precariousness in Personal Work Relations: A European Perspective », (2012) 34-1 *Comparative Labor Law & Policy Journal* 21.

- L -

- LANGEVIN, L. et V. BOUCHARD, « Les grands arrêts sur les droits des femmes: projet et réflexions théoriques féministes », (2011) 52-3-4 *Cah. Droit* 551.
- LANGILLE, B., « Labour Law's Back Pages », dans *Boundaries and frontiers of labour law: goals and means in the regulation of work*, Oxford, Hart, 2006.
- , « The Freedom of Association Mess: How We Got into It and How We Can Get out of It », (2009) 54-1 *McGill Law J.* 177.
- LAPOINTE, P.-A., J.-N. GRENIER, Y. HALLEE, C. LE CAPITAINE, S. MOREL et P. PAILLE, *La qualité du travail et de l'emploi au Québec: données empiriques et cadres conceptuels*, Québec (Québec), Presses de l'Université Laval, 2013.
- LAROCHELLE-COTE, S., « Le travail autonome pendant le repli économique », (2010) 11-3 *Empl. Revenu En Perspect.*, en ligne : <<http://www.statcan.gc.ca/pub/75-001-x/2010103/article/11138-fra.htm>> (consulté le 24 octobre 2016).

LIPPEL, K., « Face aux conséquences de la flexibilisation de l'emploi: les solutions juridiques et leurs limites », dans *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 45-52.

- M -

MAJURY, D., « Women Are Themselves to Blame: Choice as a Justification for Unequal Treatment », dans *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009, p. 209-243.

MARTIN, M.-F., « L'emploi temporaire au Québec: portrait et évolution de 1997 à 2006 », (2007) 8-2 *Flash-Info*.

MERCURE, D., « Nouvelles dynamiques d'entreprise et transformation des formes d'emploi: du fordisme à l'impartition flexible », dans *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 5-20.

MORIN, M.-L., « Le droit du travail face aux nouvelles formes d'organisation des entreprises », (2005) 144-1 *Rev. Int. Trav.* 5-30.

MORIN, F., J.-Y. BRIERE, D. ROUX et J.-P. VILLAGI, *Le droit de l'emploi au Québec*, 4e éd, Montréal, Wilson & Lafleur, 2010.

- N -

NOISEUX, Y., « Le travail atypique au Québec: Les jeunes au cœur de la dynamique de précarisation par la centrifugation de l'emploi », (2012) 7-1 *Rev. Multidiscip. Sur Empl. Synd. Trav.* 28.

- P -

POSCA, J., « Qu'est-ce que la financiarisation de l'économie? », *Institut de recherche et d'informations socio-économiques* (février 2013), en ligne : <<http://iris-recherche.qc.ca/blogue/quest-ce-que-la-financiarisation-de-leconomie>> (consulté le 19 septembre 2016).

POTHIER, D., « The Sounds of Silence: Charter Application when the Legislature Declines to Speak », *Forum Const.* 1996.113.

PROULX, D., « Fascicule 9 - Droit à l'égalité », dans *Droit constitutionnel*, coll. JurisClasseur Québec, Montréal, LexisNexis, 2015, en ligne : <<http://www.lexisnexis.com/ca/legal/results/pubTreeViewDoc.do?nodeId=TAALAAE&pubTreeWidth=23%25>>.

- Q -

QUEBEC (PROVINCE), COMMISSION DES DROITS DE LA PERSONNE ET DES DROITS DE LA JEUNESSE et M. CARPENTIER, *La discrimination systémique à l'égard des travailleuses et travailleurs migrants*, Montréal, Commission des droits de la personne et des droits de la jeunesse, 2011.

- R -

RANDALL, M., « Equality Rights and the Charter: Reconceptualizing State Accountability for Ending Domestic Violence », dans *Making Equality Rights Real: Securing Substantive Equality Rights Under the Charter*, Toronto, Irwin Law, 2009, p. 275-317.

RITTICH, K., « Feminization and Contingency: Regulating Stakes of Work for Women », dans *Labour Law in an Era of Globalization*, Oxford, Oxford University Press, 2002, p. 117-136.

ROBERTSON, P. C., « Strategies for Improving the Economic Situation of Women: Systemic Rhinking, Systemic Discrimination, and Systemic Enforcement », dans *Equal Employment Policy for Women: Strategies for Implementation in the United States, Canada, and Western Europe*, Ronnie Steinberg, Philadelphie, Temple University Press, 1980, p. 130.

ROCHER, G., Y. SENECHAL, UNIVERSITE DE MONTREAL et CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, 2016.

RODGERS, G. et J. RODGERS, *Precarious jobs in labour market regulation: the growth of atypical employment in Western Europe*, Geneva, Switzerland : [Brussels], International Institute for Labour Studies ; Free University of Brussels, 1989.

ROY, G., *Diagnostic sur le travail autonome-version synthèse*, Montréal, Direction des affaires publiques de la Société québécoise de développement de la main-d'oeuvre, 1997.

RUTA, S. et L.-F. DAGENAIS, *Travail en transition, santé mentale et conditions de travail*, Rapport de recension documentaire phase I et proposition de recherche phase II, 2003.

- S -

SCHULTZ, V. et A. HOFFMAN, « The Need for a Reduced Workweek in the United States », dans *Precarious Work, Women and the New Economy. The Challenge to Legal Norms*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2006, p. 131.

STATISTIQUE CANADA, *Tableau 99-012-X2011048 - Enquête nationale auprès des ménages*, 2011.

———, *Enquête canadienne sur le revenu (ECR)*, fichiers maîtres, adapté par l'Institut de la statistique du Québec, 2016.

———, *Enquête sur la population active, 2015*, adapté par l'Institut de la statistique du Québec (ISQ).

———, *Enquête sur la population active, 2016*, adapté par l'Institut de la statistique du Québec (ISQ), en ligne :

<http://www.bdso.gouv.qc.ca/disco_layout_1/viewer?cn=cf_a150&wb=KEN_MA121021H0101

_01&ws=Tableau&q_p_element=7398&q_p_niv_aff_temps=1&q_p_id_temps=1936&q_p_niv_aff_tertr=2&q_p_id_tertr=6610&;q_p_session=458015>.

———, *Les seuils de faible revenu*, en ligne :

<<http://www.statcan.gc.ca/pub/75f0002m/2009002/s2-fra.htm>>.

———, *Tableau 282-0012 - Enquête sur la population active (EPA), estimations de l'emploi selon la catégorie de travailleur, le Système de classification des industries de l'Amérique du Nord (SCIAN) et le sexe, annuel (personnes)*, CANSIM, en ligne:

<<http://www5.statcan.gc.ca/cansim/a47>> (consulté le 19 juillet 2016).

———, *Tableau 282-0013 - Enquête sur la population active (EPA), estimations de l'emploi à temps partiel selon la raison pour le travail à temps partiel, le sexe et le groupe d'âge, non désaisonnalisées, mensuel (personnes)*, CANSIM, en ligne:

<<http://www5.statcan.gc.ca/cansim/a47>> (consulté le 18 juillet 2016).

———, *Tableau 282-0080 - Enquête sur la population active (EPA), estimations du nombre d'employés selon la permanence de l'emploi, le Système de classification des industries de l'Amérique du Nord (SCIAN), le sexe et le groupe d'âge*, CANSIM, en ligne:

<<http://www5.statcan.gc.ca/cansim/a26>> (consulté le 19 août 2016).

SUPIOT (SOUS A DIRECTION DE), A., *Au-delà de l'emploi*, Nouvelle édition 2016.

SUPIOT, A., *Au-delà de l'emploi: transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe: rapport pour la Commission des communautés européennes avec la collaboration de l'Université Carlos III de Madrid*, Paris, Flammarion, 1999.

———, *Critique du droit du travail*, Paris, Quaridge / PUF, 2007.

———, *L'esprit de Philadelphie: la justice sociale face au marché total*, Paris, Editions du Seuil, 2010.

- T -

TEELUCKSINGH, C., G.-E. GALABUZI et CENTRE FO SOCIAL JUSTICE, *Working Precariously: The Impact of Race and Immigrants Status on Employment Opportunities and Outcomes in Canada*, Toronto, Fondation canadienne des relations raciales, 2009.

TREMBLAY, L. B., « Le normatif et le descriptif en théorie du droit », (2002) 33 *R.D.U.S.*

TRUDEAU, G., « La contractualisation du droit des relations professionnelles: une illustration des tendances nord-américaines », dans *La contractualisation du droit social*, coll. Actes du Séminaire international de droit comparé du travail, des relations professionnelles et de la sécurité sociale de Bordeaux, Université Montesquieu-Bordeaux IV, p. 55 à 83.

- V -

VALLEE, G., « Les nouvelles formes d'emploi et le "brouillage" de la frontière entre la vie de travail et la vie privée: jusqu'où va l'obligation de disponibilité des salariés? », (2010) 15-2 *Lex Electron.*

VERGE, P. et S. DUFOUR, *Configuration diversifiée de l'entreprise et droit du travail*, Québec,

Presses de l'Université Laval, 2003.

VERGE, P., « L'adaptation du droit du travail à la “nouvelle entreprise” », dans Jean BERNIER, *L'incessante évolution des formes d'emploi et la redoutable stagnation des lois du travail*, Sainte-Foy, Presses de l'Université Laval, 2001, p. 21.

VERGE, P., G. TRUDEAU et G. VALLEE, *Le droit du travail par ses sources*, Montréal, Québec, ÉditionsThémis, 2006.

VERGE, P. et G. VALLEE, *Un droit du travail? essai sur la spécificité du droit du travail*, coll. Le droit aussi, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1997.

VOSKO, L. F., *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, McGill-Queen's University Press, Montréal/Kingston, 2006.

———, « Precarious Employment: Towards an Improved Understanding of Labour Market Insecurity », dans *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 4-39.

VOSKO, L. F. et L. F. CLARK, « Canada: Gendered precariousness and social reproduction », dans *Gender and the contours of precarious employment*, London and New York, Routledge, 2009.

VOSKO, L. F., M. MACDONALD et I. CAMPBELL, *Gender and the Contours of Precarious Employment*, London and New York, Routledge, 2009.

VOSKO, L. F. et N. ZUKEWICH, « Precarious by Choice? Gender and Self-employment », dans *Precarious Employment: Understanding Labour Market Insecurity in Canada*, Montreal & Kingston, McGill-Queen's University Press, 2006, p. 67-89.

VISCO, I., « La nouvelle économie: mythe ou réalité? », *L'observateur OCDE*, en ligne : http://www.observateurocde.org/news/archivestory.php/aid/187/La_nouvelle__E9conomie_:_mythe_ou_r_E9alit_E9__.html (consulté le 21 septembre 2016).

- W -

WEIL, D., *Fissured Workplace, Why Work Became so Bad for so Many and What Can Be Done to Improve It*, Place of publication not identified, Harvard Univ Press, 2017.

WEIL, D., « Rethinking the Regulation of Vulnerable Work in the U.S.A.: A Sectorial based Approach », (2009) 51-3 *Journal of Industrial Relations* 411.

WEILER, J. M., « Le rôle du droit dans les relations du travail », dans *Le droit du travail et le droit urbain au Canada*, coll. Les Études/Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada, Ottawa, Ministre des Approvisionnements et Services Canada, 1986, p. 1-21.

WEST, R., « Groups, Equal Protection and Law », (2002) 2-1 *Issues Leg. Scholarsh.*, en ligne : <http://www.degruyter.com/view/j/ils.2002.2.issue-1/ils.2002.2.1.1018/ils.2002.2.1.1018.xml> (consulté le 19 décembre 2016).

- Y -

YOUNG, M. C., « Gender Differences in Precarious Work Settings », dans *Relations industrielles*, 2010, p. 74-97.

LISTE DES TABLEAUX

Tableau I : Part des femmes dans l'emploi autonome	88
--	----

LISTE DES FIGURES

Figure 1 : Subdivisions de l'emploi total	29
Figure 2 : Répartition de l'emploi à temps partiel selon le sexe	74
Figure 3 : Évolution de l'emploi autonome	86
Figure 4 : Répartition des emplois autonomes selon le sexe	91